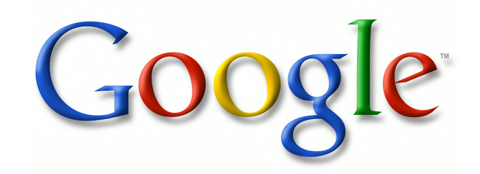
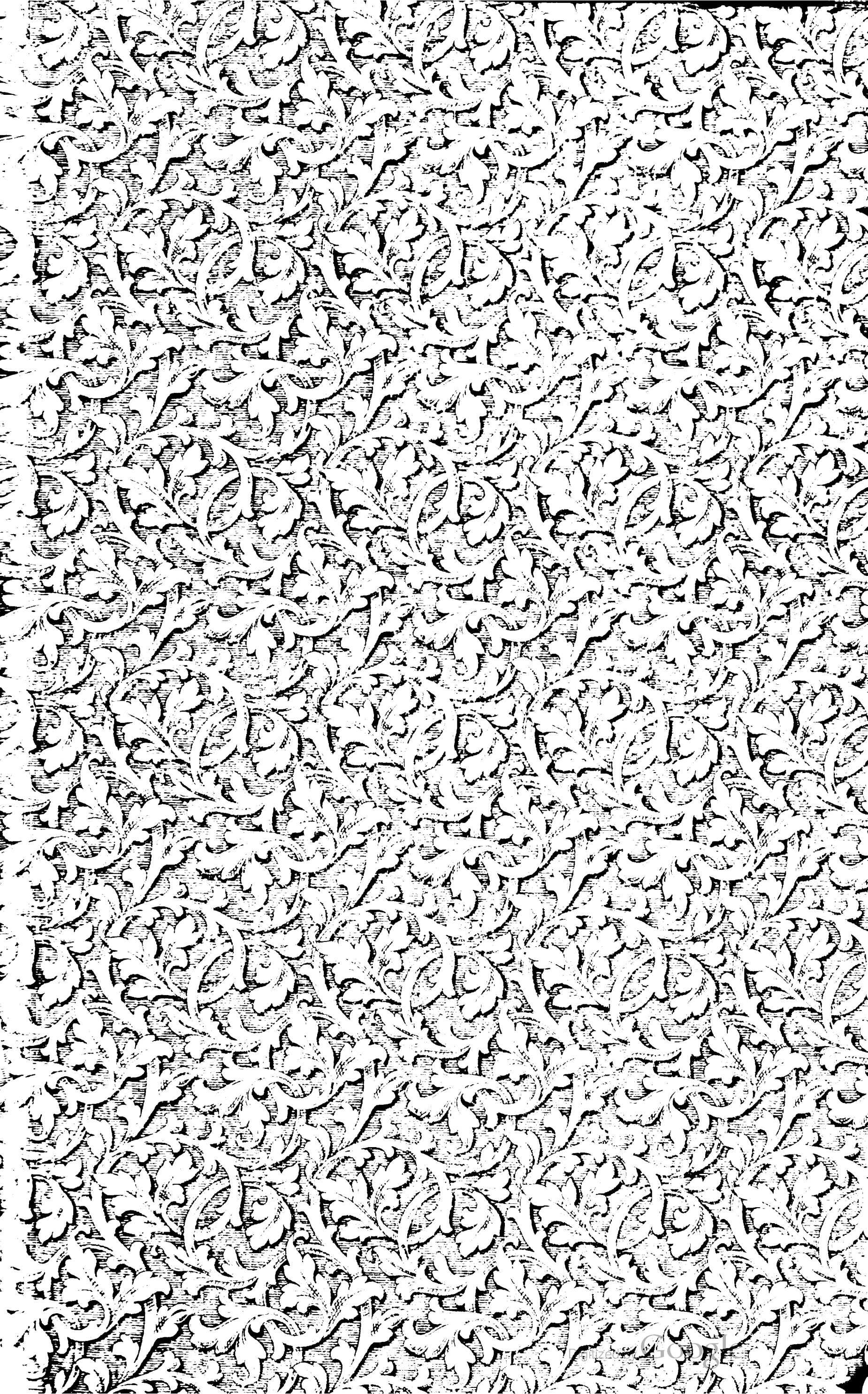






# Beiträge

zur

# Erläuterung des Preußischen Rechts

durch

## Theorie und Praxis.

Unter Mitwirkung mehrerer praktischer Juristen herausgegeben

von

Dr. J. A. Gruchot,
Appellationsgerichts-Rath in Hamm.

Fünfter Jahrgang.

Hamm.
G. Grote'sche Buchhandlung (C. Müller).
1861.

Rec. Jan. 9. 1904.

# Inhalts-Verzeichniß des fünften Jahrganges.

## Abhandlungen.

### (Erstes Heft.)



### (Zweites Heft.)



### (Drittes Heft.)

Nr. Seite.

# Rechtsfälle.

## (Zweites Heft.)



## (Drittes Heft.)

Nr. Seite.

## Glossen



## Literatur.

### (Erstes Heft.)



### (Zweites Heft.

# Sachregister zum V. Jahrgange.

## T.



## U.



## V.



## W.



## Z.

## Berichtigung von Druckfehlern im V. Jahrgange:

S. 215 Z. 15 lies: „sechs" statt: stets.
S. 216 Z. 13 ist zu dem Worte „Kontrahenten" das Wort: „nicht" hinzuzufügen.
S. 352 Z. 7 lies: „ἀυτὸς ἔφα" st. ἀυτὸς ἔφά.
S. 368 Z. 6 lies: „deme" st. denen.
S. 368 letzte Z. lies: „czuuor" st. czuuar.
S. 369 Z. 1 lies: „ysan" st. ijsan.
S. 369 Z. 1 lies: „seyner" st. seijner.
S. 369 Z. 2 lies: „seyn" st. seijn.
S. 378 Z. 1 lies: „als schädlich, weil" st. schädlich, als.
S. 378 Note 136 lies: „§ 609" st. § 296.
S. 388 Note 174 lies: „wo sie nicht bestehen" st. wo sie bestehen.
S. 389 Note 180 letzte Z. lies: „§ 535" st. § 265.
S. 395 Note 205 letzte Z. lies: „§ 554" st. § 278.
S. 401 Z. 10 lies: „Ansicht" st. Absicht.
S. 401 Note 242 lies: „Neide" st. Neidt.
S. 404 Note 263 letzte Z. lies: „§ 583" st. § 289.
S. 406 Note 275 letzte Z. lies: „§ 541" st. § 274.
S. 408 Note 282 letzte Z. lies: „Ann." st. Anm.

# Abhandlungen.

## Nr. 1.

## Ueber die Legitimation zur Sache bei Rechtsstreitigkeiten aus dinglichen Rechten.

Von Dr. iur. Otto Franklin, Gerichts-Assessor und Privatdocenten zu Breslau.

In der nachfolgenden Abhandlung ist versucht worden, die Lehre von der Activ- und Passivlegitimation der Parteien bei Rechtsstreitigkeiten aus dinglichen Rechten eingehend darzustellen. Der Gang der Untersuchung ist folgender. Im ersten Abschnitt wird die an sich so einfache Regel, welche die ganze Lehre beherrscht, aus dem Begriff der Klage und aus der Natur der dinglichen Rechte hergeleitet, worauf im zweiten Abschnitt durch eine Betrachtung der einzelnen dinglichen Klagen die Richtigkeit der Regel nachgewiesen und zugleich erörtert wird, inwiefern das Wesen der einzelnen Rechte Abweichungen und Modifikationen der Regel nothwendig macht; der dritte Abschnitt endlich ist der Prüfung der so wichtigen Frage, inwieweit die Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten für Dritte verbindlich seien, gewidmet. Wenn irgendwo, so ist bei dieser Lehre eine Vergleichung der Grundsätze des römischen und preußischen Rechts von Wichtigkeit und Interesse und man wird es daher gerechtfertigt finden, daß überall auf das gemeine Recht in eingehender Weise Rücksicht genommen worden ist. Der Natur des hier behandelten Gegenstandes entsprechend, enthält die Arbeit vieles Bekannte und bietet keine überraschend neuen Resultate, aber es dürfte doch hier und da ein neuer Gesichtspunkt gewonnen und dadurch Veranlassung zu weiteren Untersuchungen geboten sein. Dies gilt namentlich rücksichtlich der im dritten Abschnitt behandelten Frage, welche zu so mannigfachen Bedenken Anlaß bietet, daß der Verfasser nicht daran denken konnte, dieselbe endgültig zu lösen; hoffentlich wird aber grade dieser Theil der Arbeit, weil eben die dort vorgetragenen Ansichten nicht ohne lebhaften Widerspruch bleiben werden, zu ferneren, recht allseitigen Erörterungen des Gegenstandes anregen und somit zur endlichen Feststellung des Richtigen fördernd mitwirken.

## Erster Abschnitt.

### Die Sachlegitimation bei Rechtsstreitigkeiten aus dinglichen Rechten im Allgemeinen.

§ 1. [Materielle und formelle Bedeutung der Klage.] Jedes Recht trägt, weil es Störungen und Verletzungen ausgesetzt ist, die Möglichkeit selbständiger prozessualischer Geltendmachung in sich; wo diese Möglichkeit, was immer als Ausnahme erscheint, fehlt, ist ein klagloses Recht vorhanden, wie bei der naturalis obligatio des römischen, der unvollkommenen Verbindlichkeit des preußischen Rechts. Jene Möglichkeit selbständiger, von dem Willen eines andern unabhängiger Verfolgung eines Rechts — im Gegensatz zur exceptio, die einen Angriff voraussetzt, — ist das Klagerecht oder die Klage im materiellen Sinne: kein selbständiges Recht, sondern Bestandtheil eines andern. In diesem Sinne sagt der Jurist: nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi (Celsus l. 51 D. de O. et A. [44, 7,]; pr. J. de act. [4,6]), und Savigny bemerkt treffend, daß das Klagerecht zu dem Entwickelungsprozeß oder der Metamorphose, die in jedem selbständigen Recht eintreten kann, gehöre und auf gleicher Stufe stehe mit der Entstehung und dem Untergang der Rechte, welche gleichfalls nur als einzelne Momente in dem Lebensprozeß der Rechte, nicht als Rechte für sich, aufgefaßt werden dürfen.

Erst wenn eine Rechtsverletzung eingetreten ist, äußert jenes Klagerecht seine Wirksamkeit, und nimmt von der Zeit an, wo jene zur Kenntniß des Berechtigten gelangt, eine neue Gestalt an: es ist actio nata, nach einem neueren, richtig bezeichnendem Ausdruck. Wird das Recht dann durch einen Antrag vor Gericht, der den Zweck hat, einen Rechtsstreit vor dasselbe und zu seiner Entscheidung zu bringen, geltend gemacht, so heißt diese Handlung Klage im formellen, prozessualischen Sinne: die in bestimmter Form erscheinende wirkliche Thätigkeit des Verletzten.[1])

Die Klage in diesem letzteren Sinne hat also zwei wesentliche Voraussetzungen: das Vorhandensein eines Rechts an sich und die Verletzung desselben. Beide Voraussetzungen muß der Kläger nachweisen und darauf bezieht es sich, wenn gesagt wird, Kläger müsse die active und passive Legitimation der Parteien beweisen. Selbstverständlich kann

---

1) Ueber die Klage im materiellen und formellen Sinne vergl. Savigny: System Bd. V S. 1—11; Puchta: Pandekten (5. Aufl.) § 21 S. 118, Vorlesungen (2. Aufl) I S. 171.

dieselbe Pflicht dem Verklagten zur Last fallen. Insofern derselbe eine selbständige Einrede gegen das Recht des Klägers geltend macht, hat er dieselben Pflichten, die sonst nur dem Kläger obliegen, d. h. er muß nachweisen, daß ihm das einwandsweise geltend gemachte Recht zustehe und daß dasselbe durch die Handlung des Klägers verletzt werde. Es kann also auf Seiten des Klägers die passive und auf Seiten des Verklagten die active Legitimation streitig sein, ohne daß hierdurch eine Aenderung in der gewöhnlichen Bedeutung der Ausdrücke „Activ- und Passivlegitimation" einträte, weil eben der Verklagte in Bezug auf selbständige Behauptungen die Rolle des Klägers übernehmen muß.[1])

Aus diesen allgemeinen Regeln über den Beweis der Sachlegitimation ergiebt sich auch der richtige Grundsatz für die prozessualische Behandlung der Frage nach der Activ- und Passivlegitimation der streitenden Parteien.[2]) Verfolgen letztere Rechte, welche ihnen ursprünglich eigen waren, so fällt der Beweis der Legitimation mit dem in der Hauptsache selbst zusammen und der Nachweis der activen und passiven Sachlegitimation ist nichts anderes, als der Nachweis des Klagerechts in der Person des Klägers dem Verklagten gegenüber, z. B. bei der Klage aus einem Darlehn: Beweis der Hingabe und des Empfanges. Ebenso ist es aber auch in dem Falle, wenn das von einer Partei in Anspruch genommene Recht ursprünglich einem andern zustand oder die gerichtliche Verfolgung eines Rechts von einem noch zweifelhaften Verhältnisse abhängt. Denn auch in diesem Falle ist das Klagrecht nicht vorhanden, wenn nicht zugleich der Uebergang des Rechts auf den Kläger nachgewiesen wird. Der Beweis, daß, um bei dem obigen

---

1) Die Prozeßrechtslehrer drücken diese Sätze etwas anders aus, indem sie die Legitimation zur Sache dann für nachgewiesen erachten, wenn der Kläger darthut, daß grade er das berechtigte Subjekt (l. ad c. act) diesem Beklagten gegenüber (l. ad c. p.) sei, oder wenn der Beklagte beweist, daß grade er berechtigt sei (l. ad c. a.), diese Einrede diesem Kläger (l. ad c. p.) entgegenzustellen.

2) Die richtige Ansicht über das Wesen und die Behandlung der Sachlegitimation wurde zuerst und mit besonderer Schärfe geltend gemacht von Bethmann-Hollweg: Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses (Berlin, 1827) 2. Abh. S. 78—137; derselbe giebt zugleich eine vollständige Kritik der früheren Meinungen und würdigt auch in angemessener Weise die Theorie der preuß. A. G. O. Vergl. noch: Linde: Ueber die aus dem Mangel der Legitimation zur Sache entstehende Nichtigkeit (Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß III S. 297); Brackenhoeft: Ueber Legitimation im Prozesse (Rechtslex. VI. S. 353); Krüger: Ueber die Legitimation zum Prozeß (Archiv für die civil. Praxis 39 S. 113 fgg).

Beispiel zu bleiben, die Darlehnsforderung von dem ursprünglichen Contrahenten dem jetzigen Kläger cedirt worden, oder daß letzterer Erbe des ersteren geworden, gehört ganz ebenso zur Begründung des Klagrechts, als derjenige der Hingabe des Darlehns und des Empfanges durch den Beklagten. Der Einwand der mangelnden Activ- oder Passivlegitimation ist daher nichts anderes, als ein Bestreiten bestimmter Voraussetzungen der Klage, also keineswegs eine prozeßhindernde Einrede, sondern eine verneinende Beantwortung der Klage, weshalb auch folgerichtig gemeinrechtlich ein besonderes Verfahren über die Legitimationsfrage der richtigen Ansicht nach nicht stattfindet. Anders verhielt es sich nach älterem preußischen Prozeßrecht. Denn die A. G. O. zählt im § 81a Tit. 10 Th. I die exceptio deficientis legitimationis ad causam zu den prozeßhindernden Einreden, welche nach §§ 79 und 80 das. gleich den exceptiones litis finitae behandelt werden sollten. Das Verfahren gestaltete sich demgemäß in folgender Weise. Zunächst mußte der Richter bei Prüfung der Klage auf den Legitimationspunkt von Amtswegen Rücksicht nehmen und die Klage nicht eher einleiten, bis der Kläger den Grund seiner Legitimation bestimmt angegeben, die darüber in seinen Händen befindlichen schriftlichen Beweismittel vorgelegt und in Ansehung derjenigen, die er nicht sogleich vorlegen konnte, ebenfalls bestimmt angezeigt hatte, worin dieselben bestanden und wie sie erforderlichen Falls herbei zu schaffen sein würden: § 4 Nr. 6 Tit. 5 Th. I A. G. O. Ergaben sich bei Aufnahme der Klage oder Klagebeantwortung Anstände in Bezug auf die Legitimation und konnten dieselben durch eine vorläufige Verfügung erledigt werden, so sollte demgemäß verfahren werden: § 11 Tit. 5, §§ 20, 21 Tit. 9 a. a. O. Fand sich aber, daß der Einwand in solcher Weise nicht aufgeklärt oder beseitigt werden konnte, bedurfte es vielmehr einer förmlichen Untersuchung oder Beweisaufnahme, so mußte der Einwand zur Instruction gestellt werden und es war über denselben sodann — § 81 Tit. 10 a. a. O. — nach den Vorschriften über die exceptiones litis finitae — §§ 60—78 das. — zu verhandeln, welche nach §§ 63, 64, 68 das. unter Umständen abgesondert von der Hauptsache erörtert werden konnten und mußten. Diese Vorschriften über die prozessualische Behandlung des Einwandes der mangelnden Sachlegitimation beruhten lediglich auf der nicht zu billigenden, aber zur Zeit der Entstehung der A. G. O. ziemlich verbreiteten Ansicht, daß diese Einrede zu den prozeßhindernden gehöre. Je weiter und entschiedener sich dagegen die Ueberzeugung von dem wahren Charakter dieser Einrede verbreitete, je mehr mußte man sich auch im preußischen Rechte den

Grundsätzen des gemeinen Prozeßrechts wieder nähern. Weil, wie oben hervorgehoben wurde, der Einwand der mangelnden Sachlegitimation nicht verschieden ist von andern Einreden gegen die Klage selbst, so muß darüber auch verfahren werden, wie dies in Bezug auf alle andern Einwendungen des Verklagten in der Verordnung vom 21. Juli 1846 vorgeschrieben ist, und namentlich findet auf die exc. def. leg. ad c. nicht der § 5 der gen. Verordnung Anwendung, wo nur die Einrede, daß dem Kläger die Fähigkeit mangle, vor Gericht aufzutreten, als eine von denen genannt wird, welche von der vollständigen Einlassung auf die Klage befreien. Das Verfahren über die exc. def. leg. richtet sich gegenwärtig also vollständig nach den allgemeinen Prozeßregeln; die Bestimmungen der A. G. O. sind insoweit für abgeändert zu erachten, nur besteht natürlich die Pflicht des Richters, die Frage wegen der Legitimation der Parteien von Amtswegen zu berücksichtigen, ungeschmälert fort, was aber nicht eine Besonderheit dieses Theils der Klage ist, sondern aus dem allgemeinen Grunde folgt, daß keine unvollständige Klage eingeleitet werden darf. Für den Beweis der Sachlegitimation können, da derselbe ein wesentlicher Bestandtheil der Klage ist, keine andern Regeln gelten, als für den Beweis aller andern Behauptungen der Parteien, und namentlich können alle überhaupt zulässigen Beweismittel für denselben angeführt werden, was mit Rücksicht auf die mancherlei im gemeinen Rechte in dieser Beziehung obwaltenden Streitfragen wenigstens angedeutet werden soll [1])

§ 2. [Regel für die Sachlegitimation der Parteien im Allgemeinen. — Actiones in rem und in personam.] Die allgemeinste Regel für die Beurtheilung der Frage, wer in einem einzelnen Falle zur Klage activ und passiv legitimirt erscheine, wird aus den oben erwähnten Voraussetzungen jeder Klage abzuleiten und dahin festzustellen sein, daß immer derjenige, dem erwiesenermaßen das durch den Prozeß zu schützende Recht zusteht, activ, und derjenige, welcher durch die den Rechtsstreit veranlassende Handlung das Recht des Klägers in irgend einer Weise verletzte oder dasselbe bestritt, passiv zur Klage legitimirt ist. Indeß hat diese Regel in der That nur den Werth, dem Richter den Gesichtspunkt anzudeuten, von dem er in jedem einzelnen Falle ausgehen muß. Im Einzelnen wird immer die Natur des jedesmal streitigen Rechtsverhältnisses den Maßstab dafür geben, wer activ und passiv für legitimirt zu erachten ist, und nur insofern gewisse Klagen gleiche Voraussetzungen haben, einer gleichen

---

1) Vergl. Koch: Der preußische Civil-Prozeß. (2. Aufl., 1855) § 87 S. 196.

Begründung bedürfen, kann man für diese oder jene Klasse von Klagen bestimmte, überall zur Anwendung kommende Regeln aufstellen. Von wesentlicher Bedeutung ist in dieser Beziehung der Unterschied zwischen dinglichen und persönlichen Rechten, sowie zwischen actiones in rem und in personam.

Der im Gebiete der Vermögensrechte durchgreifende Unterschied zwischen Rechten an Sachen und Rechten an Handlungen (iura in re und iura in personam, dinglichen und persönlichen Rechten) gewinnt grade im Gebiete des Actionenrechts die umfassendste Bedeutung. Während bei den dinglichen Rechten die Sache an sich, ganz oder theilweise (rerum dominium, iura in re aliena), Gegenstand unseres Rechtes ist, bildet denselben bei den persönlichen Rechten eine unserer Herrschaft unterworfene Handlung, mag letztere nun den Zweck haben, uns irgend ein Recht an einer Sache zu verschaffen (die dandi obligationes, irrthümlich sog. iura ad rem) oder nicht (die Obligationen auf facere oder praestare, sog. iura personalia in specie). Damit hängt es zusammen, daß die dinglichen Rechte ihre Wirksamkeit gegen alle, die persönlichen nur gegen ein durch das obligatorische Band bestimmtes Individuum äußern, und dadurch wird zugleich der Charakter der zum Schutz dieser Rechte dienenden Klagen bestimmt. Denn bei den persönlichen Rechten besteht die Ausübung derselben eben *darin*, daß die Leistung von dem, durch die Obligation von vornherein bestimmten, Verpflichteten gefordert wird. Es kann mithin nur der Schuldner dadurch, daß er die Leistung verweigert, das Recht des Gläubigers verletzen, also auch nur der Schuldner verklagt werden: die Obligation erzeugt also nur eine persönliche Klage. Ganz anders ist es naturgemäß bei den dinglichen Rechten. Diese können nicht bloß durch eine bestimmte Person, sondern von allen andern als dem Berechtigten selbst verletzt werden. In dem dinglichen Rechte ruht die Befugniß, diese Verletzung abzuwehren, woher sie immer komme, und sobald die Verletzung eingetreten, die Person des Verklagten dadurch bestimmt ist, kann gegen letzteren die Klage gerichtet werden, in welchem Verhältniß er sonst immer stehe: die Klage ist also unabhängig von der Person, sie ist in rem.[1]) Es ist zwar richtig, daß der Unterschied zwischen den beiden Arten von Klagen nicht unmittelbar zusammenfällt mit dem zwischen dinglichen und persönlichen Rechten,

---

1) Ueber diese Unterscheidung der Klagen vgl.: Savigny: System, V §§ 206 bis 209, S. 11 bis 37; Puchta: Pand. § 83; Vangerow: Lehrbuch der Pand. (6. Aufl., 1851) I § 136.

da auch aus Obligationen und aus Rechtsverhältnissen außerhalb des Gebiets des eigentlichen Vermögensrechts Klagen entstehen können, die zu den in rem actiones gehören (a. quod metus causa, ad exhibendum, hereditatis petitio), aber die allgemeine Regel: Klagen aus Obligationen sind in personam actiones, Klagen aus dinglichen Rechten in rem actiones, wird dadurch nicht geändert. Diese Regel gilt nicht nur für das römische Recht, wo sie allerdings wiederholt und mit größter Bestimmtheit ausgesprochen wird (§ 1 J. de act. 4,6; l. 25 pr. Dig. de O. et A. 44,7; Gaius IV § 1, 2, 3), sondern sie entspricht auch so sehr dem innern Wesen der Rechte, daß sie in gleicher Weise überall entscheidend sein wird.

Was namentlich das preußische Recht anbetrifft, so unterscheidet das A. L. R. in der bestimmtesten Weise dingliche und persönliche Rechte. Unter jenen versteht das Gesetz, wenn nicht ausdrücklich von den subjectiv-dinglichen Rechten die Rede ist — §§ 125 und 130 Tit. 2 Th. I A. L. R. —, immer Rechte auf die Sache, das heißt solche, deren Gegenstand eine Sache ist, ohne Rücksicht auf die Person, bei welcher sich diese Sache befindet: §§ 126, 127 a. a. O. Dagegen werden die persönlichen Rechte als solche charakterisirt, welche die Befugniß enthalten, von dem, durch die Existenz des Rechtsverhältnisses schon bestimmten, Verpflichteten zu fordern, daß er etwas geben, leisten, verstatten oder unterlassen solle: §§ 122, 123 das. Die Grundbegriffe von dinglichen und persönlichen Rechten sind also nach dem A. L. R. wesentlich keine anderen, als nach römischem Recht, und namentlich findet sich der auf die Verschiedenartigkeit der Rechte gegründete Gegensatz von actiones in rem und in personam auch im vaterländischen Rechte wieder.[1]) Zwar bestimmt die A. G. O. Th. I Tit. 5 § 20,

1) Zwei Punkte sind hier noch hervorzuheben. Das A. L. R. unterscheidet die Rechte nicht bloß in Bezug auf den Gegenstand (objectiv persönliche und dingliche: §§ 122, 123, 126 Tit. 2 Th. I), sondern auch in Bezug auf das Subject der Rechte (subjectiv persönliche und dingliche: §§ 122 und 125 das.) und demgemäß können subjectiv dingliche Rechte objectiv persönliche oder objectiv dingliche, und objectiv dingliche Rechte subjectiv persönliche oder subjectiv dingliche sein: §§ 128, 129 das. Hier kömmt überall nur der Charakter der Rechte in Beziehung auf ihren Gegenstand in Betracht; es ist also nur von dinglichen und persönlichen Rechten im Sinne des römischen Rechts die Rede und in dieser Hinsicht zeigt sich, wie bemerkt, keine Verschiedenheit zwischen dem gemeinen und dem preußischen Recht. Sodann ist zu erinnern, daß das A. L. R. die zu mißbilligende Unterscheidung zwischen iura person. in specie und iura ad rem innerhalb des Kreises der persönlichen Rechte ausdrücklich angenommen hat.

daß die genera und formulae actionum des römischen Rechts für de
Richter nicht bindend sein sollen, und man möchte daher annehme
daß auch jene summa divisio actionum nicht ferner von Einfluß sei
könne. Aber es folgt dies weder aus der Vorschrift des Gesetzes[1],
welches nur das Wiedereinführen todter, zum großen Theil selbst fü
das gemeine Recht längst veralteter Formeln[2]), in den neuen Proze
verhindern sollte, noch würde, selbst wenn eine solche Vorschrift jemal
gegeben worden wäre, dieselbe Verschiedenheiten ausgleichen und Klag
mittel gleichstellen können, die, ohne jeden Einfluß der Gesetzgebung
von selbst und mit Nothwendigkeit als verschiedene hervortreten. Abe
das preußische Recht erkennt vielmehr den Unterschied beider Klage
vollständig an. In dem angeführten § 122 Tit. 2 Th. I A. L. R
wird der Charakter der persönlichen Klage dahin bestimmt, daß si
gegen den obligatorisch Verpflichteten und nur gegen diesen gerichte
werden könne, während der § 137 das. die Verfolgung des dinglichen
Rechts gegen jeden gestattet, in dessen Gewahrsam, Besitz oder Eigenthum die Sache kömmt. Auch im preußischen Recht ist diese Eintheilung der Klagen die höchste, überall durchgreifende und keineswegs auf den Gegensatz von dinglichen und persönlichen Rechten beschränkt.[3]) Ja es ist im preußischen Recht die Ausdehnung dinglicher Klagen auf das Obligationenrecht viel allgemeiner, als im römischen. Denn während dort nur in seltenen Fällen das obligatorische Recht eine actio in rem erzeugte, ist im preußischen Recht durch die Vorschriften über das Zustandekommen eines dinglichen Rechts die Möglichkeit gewährt, daß aus

Denn insofern ein persönliches Recht das Geben oder Gewähren einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat, wird es ein Recht zur Sache genannt und bildet den Titel zum Erwerb eines dinglichen Rechts: §§ 124, 133, 134 a. a. O. Aber diese Unterscheidung der persönlichen Rechte, für das System des A. L. R. und namentlich für die Lehre vom Erwerb der dinglichen Rechte allerdings von der größten Wichtigkeit, ist für den Charakter der aus den einzelnen Rechten entspringenden Klagen ohne Einfluß. Denn mag das persönliche Recht nun ein ius pers. in specie oder ein ius ad rem sein, die daraus entspringende Klage ist immer in personam, gegen den aus der Obligation selbst sich ergebenden Verpflichteten gerichtet, und wenn ausnahmsweise das ius ad rem die Wirkung eines dinglichen Rechts hat, so liegt dies nicht im Wesen dieses Rechts an sich, sondern ist eine Folge anderer concurrirender Umstände, namentlich der Wissenschaft des in Anspruch genommenen Dritten von dem Rechte des persönlich Berechtigten: §§ 3—6 Tit. 19, §§ 24, 25 Tit. 10 Th. I A. L. R.

1) Förster: Klage und Einrede, S. V.

2) Savigny: System, Bd. V § 224 S. 136 fgg.

3) Förster a. a. O., S. 6.

Obligationen **actiones in rem** entstehen, wo im römischen Recht stets nur persönliche Klagen gegeben wurden. (Miethe, Pacht u. s. w.) Dessenungeachtet haben wir auch für das preußische Recht festzuhalten, daß die Obligation in den normalen Fällen nur durch eine persönliche, die (objectiv) dinglichen Rechte aber jederzeit durch dingliche Klagen geschützt werden.

Wenn hiernach der Begriff der dinglichen Rechte und der dinglichen Klagen für das römische und preußische Recht in gleicher Weise zu bestimmen ist, so werden auch für die Frage: Wer ist zu einem Rechtsstreite über ein dingliches Recht activ und passiv legitimirt? im Wesentlichen dieselben Regeln aufzustellen sein. Was zunächst die Activlegitimation anbetrifft, so besteht dieselbe, wie oben ausgeführt wurde, in dem Nachweise des durch die Klage zu schützenden Rechts in der Person des Klägers. Wer mithin durch die Handlung eines Dritten in dem ihm zustehenden dinglichen Rechte verletzt wird, ist zur Klage auf Beseitigung dieser Verletzung legitimirt und es gehört zur Activlegitimation nichts weiter, als daß der Kläger nachweist, daß grade ihm das streitige Recht zustehe. Dies folgt, wie bemerkt, aus dem Begriff der Legitimation zur Sache, ebenso aber auch aus dem Charakter der dinglichen Klage. Denn die **actio in rem** geht immer darauf, daß das gestörte oder entzogene Recht in der Person des Klägers anerkannt und demgemäß der Verklagte verurtheilt werde.[1]) Dieses Anerkenntniß des Rechts aber kann nicht ausgesprochen werden, wenn nicht der Beweis erbracht wird, daß dasselbe dem Kläger in der That zustehe. Es genügt also bei der **actio confessoria** beispielsweise nicht, daß die behauptete Einschränkung des Eigenthums des Verklagten überhaupt vorhanden sei, sondern es ist noch erforderlich, daß diese Einschränkung dem Kläger zustehe. Wird dieser Beweis nicht geführt, so kann nicht dem Klageantrage gemäß erkannt werden, sondern es muß die Abweisung erfolgen, weil es eben am Nachweise der Klageberechtigung, des materiellen Klagrechts fehlt. Die Person des Verklagten ferner wird, wie oben bemerkt, erst durch die Verletzung des Rechts des Klägers bestimmt. Es läßt sich also nicht, wie bei der Obligation, von vornherein bestimmen, gegen wen der Berechtigte die Klage zu richten haben werde, sondern erst durch die eintretende Verletzung wird ermittelt, wer als passiv legitimirt in Bezug auf die, auf jene Verletzung gegründete Klage anzusehen ist.

---

1) Savigny a. a. O., VI. S. 313 fgg., 322.

Die Antwort auf die eben angeregte Frage ist also sehr kurz un bestimmt zu fassen: Bei einem Rechtsstreite aus dinglichen Rechten i zur Activlegitimation nichts anderes erforderlich, als der Nachwei des Klagrechts in der Person des Klägers, und zur Passivlegitimatio nur der Beweis, daß der in Anspruch Genommene sich der, mit d Klage gerügten Verletzung des Rechts schuldig gemacht habe. Ab diese Grundsätze lassen doch Zweifel und Bedenken der mannigfachst Art zurück und gewähren keine erschöpfende Antwort auf die zur E örterung gestellte Frage. Es ist das vollkommen erklärlich, wenn ma sich der bei den verschiedenen dinglichen Rechten möglichen Collision fälle erinnert. Denn nach der gegebenen Regel ist allerdings d Pfandgläubiger zur actio hypothecaria, der Servitutberechtigte z a. confessoria, der Eigenthümer zur rei vindicatio berechtigt. Ab mit dem Klagrechte dieser Personen concurriren die Rechte andere der Pächter, der Miether, der Leiher, alle diese haben nach preußische Rechte gleichfalls die Befugniß, die Herausgabe einer ihnen entzogen Sache, die sie im unvollständigen Besitz haben, zu verlangen. W sich nun die Rechte dieser Einzelnen zu einander stellen, — wer l Collisionen zu dieser oder jener dinglichen Klage vor den andern b rechtigt sei, das kann nur bei näherem Eingehen auf die einzeln dinglichen Rechte und Klagen festgestellt werden. Aehnlich verhält sich mit der Frage nach der Passivlegitimation der Parteien. All dings ist, um wiederum ein beliebiges Beispiel zu wählen, der, weld dem Eigenthümer eine Sache entzogen hat und besitzt, passiv für rei vindicatio legitimirt. Aber wenn der Besitzer nicht für sich, so dern für einen Dritten besitzt, — wenn er den Gegenstand der Kl nur als Pfand erhalten, — wenn ihm eine persönliche Servitut dar bestellt worden: ist in allen diesen Fällen nur der Inhaber pas legitimirt, oder ist er es überhaupt nicht, oder mit ihm z gleich noch ein Dritter u. s. w.? Auch auf diese Fragen währt die obige Regel keine erschöpfende Antwort, und erspart ni das Eingehen auf die einzelnen Rechtsinstitute. Haben wir im V stehenden das Princip für die Beantwortung der Fra welcher diese Untersuchung gewidmet ist, festzustellen versucht, so nunmehr dasselbe auch bei der Anwendung auf die einzelnen dinglic Rechte als richtig nachgewiesen und ermittelt werden, inwiefern Wesen einzelner Rechtsinstitute Abweichungen von jenem Princip ers derlich macht. Aber nur der Rechtsinstitute als solcher! Denn kann sich nicht darum handeln, die mannigfachen Modifikationen Erwägung zu ziehen, welche sich aus den persönlichen Verhältnissen

Parteien ergeben, sondern es wird überall der Fall vorausgesetzt, daß das Rechtsverhältniß einfach zwischen zwei bestimmten Personen, deren Verfügungs- und Prozeßfähigkeit an sich keiner Beschränkung unterliegt, streitig wird. Es scheiden also aus dem Kreise der hier zu betrachtenden Fälle zunächst diejenigen aus, wo auf Seiten der einen oder andern Partei mehrere gemeinschaftlich Betheiligte stehen: condominium, Miteigenthum. Sodann ist es für unsere Frage unerheblich, in welchem Gewaltsverhältnisse etwa die eine oder andere Partei steht, und deshalb muß es unerörtert bleiben, welchen Einfluß das eheliche Mundium, väterliche Gewalt, Vormundschaft und sonstige Repräsentationsverhältnisse (Eigenthum der juristischen Personen) auf die Activ- und Passivlegitimation der Parteien auszuüben pflegen. Endlich beschränken wir die Untersuchung lediglich auf die dinglichen Klagen im Gebiete des Sachenrechts, so daß also einerseits alle Fälle dahingestellt bleiben, wo in andern Rechtsgebieten, z. B. im Erbrecht, dingliche Klagen gewährt werden, andererseits aber auch diejenigen, wo dem persönlichen Recht unter Umständen nur die Wirksamkeit eines dinglichen beigelegt wird, was also vorzugsweise von den sog. iura ad rem des preußischen Rechts gilt.

§ 3. [Zahl und Arten der dinglichen Rechte.] Alle dinglichen Rechte, welche im römischen Recht, außer dem Eigenthum, der totalen rechtlichen Herrschaft über eine Sache, anerkannt werden, kommen darin überein, daß sie eine partielle Unterwerfung der Sache unter den Willen des Berechtigten darstellen und aus Elementen des Eigenthums gebildet werden, welche, so lange diese Rechte bestehen, von dem Eigenthum abgesondert und gegen dasselbe selbständig geworden sind. Es ist wahrscheinlich, daß bei der Entwickelung des Rechts zunächst das Bedürfniß der Eigenthümer auf die Anerkennung gewisser dinglicher Rechte geführt hat, indem durch eine partielle Veräußerung der Sache der Zweck erreicht werden sollte, den sonst nur die gänzliche Veräußerung würde erzielt haben. Alle dinglichen Rechte stellen sich daher als Rechte an einer fremden Sache, Einschränkungen des Eigenthums, iura in re aliena dar. Aber weiter als das Bedürfniß reichte, sollte der Eigenthümer nicht beschränkt werden können, und daraus erklärt sich die geringe Zahl der dinglichen Rechte, welche das römische Recht anerkannte. Am nächsten stehen dem Eigenthum die Superficies und die Emphyteuse, am entferntesten die Servituten, zwischen ihnen in der Mitte das Pfandrecht. Alle diese Rechte werden durch Klagen geschützt, welche der rei vindicatio analog sind, und zwar bildet die res corporalis selbst den Gegenstand der

Klage; nur bei den Servituten ist letztere eine Vindication des dinglichen Rechts.

Im heutigen gemeinen Recht ist die Zahl der dinglichen Rechte erheblich größer. Aus dem Kampfe zwischen dem heimischen deutschen und dem fremden Rechte ist letzteres siegreich hervorgegangen, ohne indeß die Institute des germanischen Rechts, welche zur Zeit der Reception bereits vorhanden waren oder sich später auf entschieden deutschrechtlicher Grundlage entwickelten, ganz verdrängen zu können. Ebenso sind in den, schon dem römischen Recht bekannten dinglichen Rechten durch das deutsche Recht mannigfache Veränderungen hervorgerufen worden, welche bei der Untersuchung einer einzelnen Frage nach geltendem gemeinen Recht nicht unberücksichtigt bleiben dürfen. Wenn es sich also beispielsweise von der Legitimation zur Sache bei einem Rechtsstreit über das Eigenthum handelt, muß auch das getheilte Eigenthum in das Auge gefaßt werden, und in ähnlicher Weise dürfen bei den iura in re aliena die Reallasten und die daraus entstehenden Klagen, das Näherrecht u. s. w. nicht unbeachtet bleiben.

Im preußischen Recht ist die Bildung der dinglichen Rechte der Willkür überlassen. Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein „dingliches Recht auf die Sache“: § 135 Tit. 2, §§ 4 und 6 Tit. 19, § 2 Tit. 21 Th. I A. L. R., und bei denjenigen Rechten, an denen ein körperlicher Besitz nicht denkbar ist, äußert die Eintragung in das Grundbuch eine gleiche Wirkung wie der Besitz: § 136 Tit. 2, § 8 Tit. 20, § 4 Tit. 21 Th. I A. L. R. Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich für das preußische Recht, daß zu den dinglichen Rechten alle diejenigen gehören, welche mit dem körperlichen Besitz der Sache verbunden oder im Grundbuche eingetragen sind. Daraus folgt ferner, daß auch die Zahl der dinglichen Klagen eine unbeschränkte ist und daß es im preußischen Recht für viele Fälle actiones in rem geben muß, in denen nach gemeinem Recht nur persönliche Klagen stattfinden: dem Miether einer Sache z. B., dem dieselbe entwährt wurde, stand im römischen Recht immer nur die Contractsklage gegen den Vermiether zu, während er nach preußischem Recht, soweit er besitzt, dinglich berechtigt und deshalb auch befugt ist, die Herausgabe der Sache von jedem Dritten zu fordern. Dennoch treten auch nach preußischem Recht diejenigen dinglichen Rechte, welche das gemeine Recht als solche anerkennt, mit besonderer Wichtigkeit hervor, so daß es gerechtfertigt sein wird, wenn

in der nachfolgenden Erörterung jenen Instituten eine besondere Aufmerksamkeit zugewendet wird.

## Zweiter Abschnitt.

### Die Anwendung des Princips.

**§ 4.** [Das Eigenthum.] Während nach römischem und gemeinem Recht nur eine körperliche Sache Gegenstand des Eigenthums sein kann, faßt das preußische Recht den Begriff des Eigenthums viel weiter auf. Eigenthümer heißt derjenige, bestimmt § 1 Tit. 8 Th. I A. L. R., welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache, oder eines Rechtes, mit Ausschließung Anderer, aus eigener Macht, durch sich selbst, oder einen Dritten zu verfügen. Demnach sind Rechte im Allgemeinen, dingliche sowohl wie persönliche, Gegenstände des Eigenthums, und es ist ganz folgerichtig, daß zur Verfolgung der Rechte sowohl die rei vindicatio als die Publiciana in rem actio gestattet wird: §§ 3 und 4 Tit. 15 Th. I A. L. R.

Das Eigenthum ist nach römischem Recht die unbeschränkte und ausschließliche rechtliche Herrschaft über eine Sache. In dieser Begriffsbestimmung wird dadurch nichts geändert, daß man das Recht in substantielle Theile zerlegt. Als solche Theile führten manche Civilrechtslehrer die Proprietät — das Recht, über die Substanz der Sache zu verfügen —, und das Nutzungsrecht — das Recht, eine Sache zu eigenem Vortheil zu gebrauchen —, und als ein drittes das Recht zum Besitz an, welches letzteres jedoch nicht ein Theil des Eigenthums, sondern die Ausübung desselben ist. Die Wissenschaft hat eine solche Classifikation längst als unnütz und nicht durchführbar verworfen, aber es mußte derselben hier gedacht werden, weil das preußische Recht, unter dem Einfluß jener Theorie, das Eigenthum ebenfalls in jene Rechte zerlegt: §§ 9—13 Tit. 8 Th. I A. L. R., ohne daß jedoch der Charakter des Eigenthums dadurch anders bestimmt werden sollte, als nach römischem Recht. Denn die Zerlegung des Eigenthums in jene Bestandtheile ist überhaupt ohne praktischen Werth. Sind sie sämmtlich vereinigt, so begründen sie eben die totale rechtliche Herrschaft über eine Sache; fehlt einer derselben, das heißt, sind die einzelnen Rechte in den Händen verschiedener Personen, so ist kein Eigenthum im Sinne des römischen Rechts mehr vorhanden, weil letzteres das getheilte Eigenthum, für dessen Construction die Unterscheidung jener substantiellen Theile allerdings von Wichtigkeit ist (§§ 15—20 Tit. 8 Th. I A. L. R.), nicht kennt. Das preußische Recht kennt also zwar Gestaltungen des

Eigenthums, die dem römischen Rechte völlig fremd sind, aber der Begriff des vollen Eigenthums — und nur dieses kennt das römische Recht — ist durchaus kein anderer, als nach römischem Recht, abgesehen nur von der einen Abweichung in Bezug auf die Gegenstände des Eigenthums.

Wenn das Eigenthum aber die totale uneingeschränkte Herrschaft über eine Sache (oder ein Recht) ist, so kann dasselbe in verschiedener Weise verletzt werden: durch gänzliche Entziehung des Gegenstandes des Rechts oder durch widerrechtliche Beschränkung desselben. Darum folgen aus dem Eigenthum naturgemäß zwei verschiedene dingliche Klagen; mit der einen wird die Restitution der Sache cum omni causa, mit der andern die Beseitigung der Einschränkung und Ersatz des zugefügten Schadens gefordert. Beide können verschiedenartig begründet werden, je nachdem der Kläger unmittelbar das Eigenthum nachweist oder nicht. Diese Klagen, beide auch im preußischen Rechte anerkannt, sind nunmehr getrennt zu betrachten.

§. 5. [Die rei vindicatio] wird veranlaßt durch die Besitzentziehung der im Eigenthum des Klägers befindlichen Sache. Dasselbe gilt auch im preußischen Recht, nur mit der mehrfach gedachten Modifikation, daß auch der Eigenthümer eines Rechts dasselbe gegen jeden Anmaßer verfolgen kann. Zur Begründung der Klage gehört, daß der Kläger Eigenthümer sei;[1]) das Eigenthum bildet sein Klagrecht und ohne den Nachweis desselben kann er für activ legitimirt nicht erachtet werden. Die Vorenthaltung des dem Eigenthümer zustehenden Besitzes bildet die zur Klage Anlaß gebende Verletzung, mithin muß nach der aufgestellten Regel der Besitzer passiv legitimirt sein.

Was zunächst die Activlegitimation anbetrifft, so erklärt Paulus in l. 23 pr. Dig. VI, 1: In rem actio competit ei qui aut iure gentium aut iure civili dominium adquisivit. Dabei macht der Gegenstand der Vindication keinen Unterschied: die Regel galt für Mobilien wie für Immobilien. Nur daß Kläger das Eigenthum erlangt habe, war zu beweisen (suam esse rem l. 9 und l. 80 Dig. h. t.) und konnte dieser Beweis erbracht werden, so war Kläger unbedenklich activ legitimirt. Nur ist hervorzuheben, daß nach römischem Recht Kläger zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer sein mußte (l. 23 D. de jud. 5, 1), während nach canonischem, also auch nach heutigem

---

1) Und nicht besitze: § 2 J. de act. (4, 6), l. 1 § 6 Dig. uti poss. (43, 17). Ueber den unus casus in § 2 J. 4, 6 vergl. Puchta: Cursus der Institutionen (2. Aufl, 1846) II, 589.

gemeinen Rechte die Regel gilt, daß wenn bei der Klage aus einem dinglichen Rechte Kläger einen Erwerbsgrund nicht angegeben hat, es genügt, wenn er nur zur Zeit des Urtels Eigenthümer des behaupteten Rechts ist, während, wenn adiecta causa geklagt ist, auch nach heutigem Rechte das Eigenthum zur Zeit der Litiscontestation vorhanden sein muß. [1])

Größere Schwierigkeiten bietet die Frage nach der Activlegitimation im Vindicationsprozeß nach preußischem Recht. Zwar das ist deutlich anerkannt, daß das Eigenthum allein das Recht zur Klage begründe und nur der Eigenthümer vindiciren könne: §§ 1 und 3 Tit. 15 Th. I A. L. R., ohne Rücksicht, ob es sich um die Verfolgung einer körperlichen Sache oder eines Rechts, um Mobilien oder Immobilien handle. Das Eigenthum also muß der Kläger unstreitig beweisen, und wenn er dies nicht erworben hat, kann er auch nicht für activ legitimirt zur Klage erachtet werden, wie denn z. B. das Ober-Tribunal mit Recht angenommen hat, daß der Käufer eines Grundstücks als solcher nicht berechtigt sei, die vor Abschluß des Kaufgeschäfts Seitens des Verkäufers davon veräußerten unbeweglichen Pertinenzstücke zu vindiciren (Entsch. VI S. 279; Präj. 852: Präjudicien des kgl. O.-Tr. [I. und II. Abth. 1856] I S. 49), weil er das Eigenthum der Pertinenzstücke, die ihm nicht übergeben werden konnten, nicht zu erwerben vermochte. Also der Satz: Nur der Eigenthümer ist zur Klage activ legitimirt, gilt auch für das preußische Recht, unterliegt aber freilich einigen Modifikationen, die hier näher zu erörtern sind. [2])

Beim vollen Eigenthum hat Kläger das Eigenthum an der Sache oder dem Rechte zu beweisen. Wie dieser Beweis zu führen, kann bei der festen Begränzung unserer Aufgabe nicht Gegenstand eingehender Prüfung sein. Die Beweisführung wird verschieden geschehen müssen, je nachdem das Eigenthum auf mittelbare oder unmittelbare Art erworben worden ist, und hinsichtlich der ersteren namentlich wird Kläger, der Theorie des Landrechts über den Erwerb des Eigenthums gemäß, Titel und Erwerbsart beweisen müssen, bei beweglichen Sachen

---

1) Ueber diese Frage und die rei vind. im Allgemeinen vergl. Vangerow a. a. O, I §§ 332—334, Puchta: Pand. §§ 168—171, Sintenis: Das praktische gem. Civilrecht. (Leipzig, 1844) I § 52 S. 514 fgg, Holzschuher: Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts (2. Aufl., 1856, 57) II S. 241 fgg.

2) Ueber die rei vind. nach preuß. Recht vergl. Bornemann: System. Darstellung des preuß. Civilrechts (2. Aufl., 1846) II § 118, Koch: Privatrecht (2. Aufl.) I § 239, Förster a. a. O. § 93.



also das Recht zur Sache und die auf Grund desselben erfolgte Uebergabe; bei Immobilien wird die Berufung auf das Hypothekenbuch in der Regel zur Legitimation des Klägers genügen: § 7 Tit. 10 Th. I A. L. R.

Bei getheiltem Eigenthum, dessen Begriff das preußische Recht im Wesentlichen ebenso bestimmt [1]) als das deutsche Privatrecht, stehen die dinglichen Klagen zum Schutz der im nutzbaren Eigenthum stehenden Sachen unzweifelhaft dem nutzbaren Eigenthümer ebenso zu als dem Obereigenthümer. Sieht man hierbei ab von den verschiedenen Fällen, in denen die Rechtslehrer getheiltes Eigenthum annahmen, so bleiben hauptsächlich zwei Institute, in denen sich der Unterschied zwischen dominium directum und utile noch heute praktisch zeigt: Lehen und Familienfideicommiß, die auch bei unserer Frage nicht unbeachtet bleiben dürfen.

Aus dem umfangreichen Rechte des Vasallen am Lehn [2]) — Besitz, Nießbrauch, Ausübung aller mit dem Lehn verbundenen Gerechtsame u. s. w. — folgt zunächst, daß ihm vor allem an dem Schutz des Eigenthums gelegen sein muß und darum gestattet ihm das Recht auch unbedingt den Gebrauch aller das Lehen betreffenden petitorischen und possessorischen Rechtsmittel, namentlich die rei vindicatio, die confessoria und die negatoria in rem actio utilis: II Feud. 22 § 1, 8 pr., 26 § 21, 43. Er ist ohne Zuziehung des dominus zur Klage activ legitimirt, das Erkenntniß wirkt für und wider den dominus und die Lehnsfolger, und selbst ein unter Voraussetzung einer iusta causa transigendi und ohne Collusion geschlossener Vergleich ist für dieselben verpflichtend. [3]) Andererseits mußte aber auch das Recht des dominus den Dispositionen des Vasallen gegenüber geschützt werden und demnach wird jenem unbedingt die rei vindicatio für solche Fälle gestattet, wo das Lehn von dem Vasallen ohne Genehmigung des dominus veräußert wurde; in Betreff der erlaubten Veräußerungen [4]) aber gestattet das gemeine Recht nicht nur den Agnaten, die in die Ver-

---

1) Koch a. a. O. I § 262, Bornemann IV S. 46—49 (namentlich auch Note 1 zu § 225), Phillips: Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts (3. Aufl., 1846) II § 87 S. 19 fgg, Gerber: System des deutschen Privatrechts (2. Aufl., 1850) § 77 fgg.

2) Hierüber vergl.: Phillips II §. 221, Gerber: § 124 fgg., Hillebrand: Lehrbuch des gem. deutschen Privatrechts (1849) § 215, Paetz: Lehrbuch des Lehnrechts (1837) §§ 90 fgg.

3) Phillips III § 222, Gerber § 125 a. E., Paetz § 93 S. 232 fgg.

4) Ausführliche Erörterungen hierüber bei Phillips II § 223 S. 460 fgg., Hillebrand § 216, Gerber § 126, Kraut §§ 286, 87.

äußerung nicht gewilligt haben, wenn sie zur Succession gelangen, sondern auch dem dominus feudi die actio revocatoria, die in allen Punkten, also auch in Beziehung auf die Legitimation zur Sache, den Regeln von der rei vindicatio folgt.

Im preußischen Recht finden sich abweichende Regeln über die Legitimation zum Prozeß. Zunächst bestimmt § 30 Tit. 1 Th. I A. G. O., daß bei getheiltem Eigenthum Angelegenheiten, welche die Substanz, die unbeweglichen Pertinenzstücke und die Gerechtigkeiten der Sache betreffen, sowohl von dem Ober- als dem nutzbaren Eigenthümer verhandelt werden können. Diese Vorschrift bezieht sich also grade auf die dinglichen Klagen zum Schutze des Eigenthums und der mit dem Lehen verbundenen Rechte, und demnach muß nach preußischem Rechte nicht nur der Vasall, sondern auch der dominus zur Anstellung dieser Klagen activ legitimirt sein. Aber freilich wird auch nach preußischem Rechte die rei vindicatio, wie jede andere dingliche Klage zum Schutz der zum Lehen gehörigen Rechte, in der Regel von dem zunächst interessirten Vasallen angestellt werden. Er darf dabei durchaus selbständig auftreten und es kann ihm namentlich deshalb, weil der Lehnsherr oder sonst Berechtigte nicht zugezogen worden, der Einwand der mangelnden Activlegitimation nicht entgegengesetzt werden: sein Recht, allein klagend auftreten zu dürfen, folgt nicht blos aus der angeführten Bestimmung der A. G. O., sondern auch aus § 258 Tit. 18 Th. I A. L. R., wo dasselbe gleichfalls in der bestimmtesten Weise vorausgesetzt wird. Aber darin weicht das Landrecht vom gemeinen Rechte wesentlich ab, daß die einseitigen Verhandlungen des Vasallen für den Lehnsherrn und die Anwärter nicht unbedingt gültig sind, worüber unten gehandelt werden soll. Die Frage, wer zur Anstellung der Revocatorienklage legitimirt sei, ist nach preußischem Rechte[1]) in gleicher Weise zu entscheiden wie nach gemeinem Recht.

Ueber die Natur der Rechte des Fideicommißinhabers der berechtigten Familie gegenüber haben sich im deutschen Recht zwar verschiedene Ansichten ausgebildet, doch dürfte unter den Germanisten gegenwärtig die Theorie als die herrschende anzusehen sein, nach welcher der durch die Stiftung berufene Inhaber wahrer Eigenthümer ist.[2]) Eine Beschränkung seines Rechts liegt nur darin, daß das künftige Schicksal des Fideicommisses schon durch den Willen des Stifters bestimmt ist. Daher ist einerseits jede Veräußerung des Gutes nichtig und es kann das

1) Koch I § 284, namentlich Bornemann IV §§ 260, 261.

2) Vergl. namentlich Hillebrand § 226, wo die verschiedenen Meinungen zusammengestellt sind.

Fideicommiß von jedem Anwärter zur Zeit des Anfalls vindicirt werden, während andererseits aus demselben Grunde die einseitige Verschuldung des Gutes nur unter gewissen Umständen für den Nachfolger verpflichtend ist. Nach dieser, wohl zu rechtfertigenden Theorie kann es keinem Bedenken unterliegen, daß der Fideicommißinhaber zu allen, das Fideicommiß betreffenden Rechtsstreitigkeiten, also auch zur Anstellung der rei vindicatio legitimirt ist;[1]) den Anwärtern wird nur das Recht der Intervention im Prozesse zustehen, wenn ihnen nicht die Stiftungsurkunde oder Partikulargesetze weitergehende Befugnisse zur Sicherung ihrer Interessen ausdrücklich gewähren. Das preußische Recht freilich enthält andere Bestimmungen. Denn es geht von einer andern, auch im deutschen Recht oft vertheidigten Theorie aus, daß nämlich das Fideicommiß im getheilten Eigenthum stehe und dem jedesmaligen Besitzer das nutzbare, der ganzen Familie aber das Obereigenthum zukomme: §§ 72, 73 Tit. 4 Th. II A. L. R. Wie beim Lehen sind daher auch die Befugnisse des Fideicommißinhabers in Bezug auf die Prozeßführung beschränkt. Nach den Bestimmungen im § 30 Tit. 1 Th. I A. G. O. und § 117 Tit. 4 Th. II A. L. R. ist zwar der Besitzer zu allen das Fideicommiß betreffenden dinglichen Rechtsstreitigkeiten activ und passiv legitimirt, aber damit der Prozeß für die ganze Familie verbindlich sei, bedarf es einer Vertretung derselben, über welche in einem andern Zusammenhange das Weitere bemerkt werden soll.

Rücksichtlich der Passivlegitimation ist schon bemerkt worden, daß die Verletzung, welche die Person des Verklagten bestimmt, in der Vorenthaltung des Besitzes besteht. Passiv legitimirt ist also der Besitzer der zu vindicirenden Sache, ohne Rücksicht darauf, ob er redlicher oder unredlicher Weise den Besitz erlangt hat, ob er für sich selbst oder einen Dritten besitzt, ob er selbst dem Eigenthümer den Besitz entzogen hat oder nicht.

Deutlich wird diese Regel in den Quellen des römischen Rechts ausgesprochen. So sagt Ulpian. in l. 9 D. de R. V. (6, 1): Officium autem iudicis in hac actione in hoc erit, ut iudex inspiciat, an reus possideat. Nec ad rem pertinebit, ex qua causa possideat. Nachdem der Jurist hierauf die Meinung des Pegasus und einiger anderen widerlegt hat, daß gegen den Miether, Pächter, Depositar, Commodatar und andere, die nach römischem Recht nur Detention hatten, nicht vindicirt werden könne, schließt er mit den Worten: Puto autem, ab omnibus, qui tenent et habent restituendi facultatem, peti posse. Daß

---

1) Gerber §§ 83 und 84, Phillips II §§ 187 fgg., Hillebrand § 226.

Verklagter besitze, muß im Läugnungsfalle natürlich der Kläger beweisen und gelingt ihm diese Beweisführung, so muß der Verklagte, zur Strafe seines Läugnens, die Sache alsbald an den Kläger herausgeben und selbst die Rolle des Vindicanten übernehmen: l. 80 D. de R. V. (6, 1). Uebrigens mußte Verklagter, um passiv zur Sache legitimirt zu sein, wenigstens zur Zeit des Urtels besitzen: l. 27 D. h. t.

In ganz gleicher Weise bestimmt das preußische Recht, daß die Vindication gegen jeden Besitzer angestellt werden könne: § 1 Tit. 15 Th. I A. L. R. Unter Besitz wird hier Gewahrsam verstanden, denn auch gegen den Inhaber kann die Klage gerichtet werden: §§ 163, 167 Tit. 7 Th. I A. L. R., überhaupt gegen jeden minder berechtigten Besitzer: §§ 161, 163 a. a. O., § 11 Tit. 15 Th. I A. L. R. Wird der Besitz oder die Gewahrsam der Sache vom Verklagten abgeläugnet, so muß Kläger dieselbe beweisen; denn die Klage ist nur gegen den Inhaber oder Besitzer zulässig, mithin gehört es zur Begründung der Klage, daß diese Voraussetzung nachgewiesen wird: es versteht sich dies auch schon deshalb, weil nach allgemeinen Grundsätzen jeder die Veranlassung zur Klage, die hier eben in der Vorenthaltung des Besitzes besteht, zu beweisen hat.

Es widerspricht aber der Billigkeit, die das Recht nicht verläugnen darf, daß derjenige, der nur im Namen eines Dritten besitzt, gezwungen sein soll, sich einem Prozesse zu unterwerfen, der für ihn selbst ohne Interesse ist, und daß ihm die Lasten und Kosten eines Rechtsstreites aufgebürdet werden, dessen Uebernahme ihn überdies dem, für welchen er besitzt, verantwortlich machen würde. Hierauf beruht das von Constantin — l. 2 Cod. 3, 19 — eingeführte Institut der laudatio auctoris. Dasselbe gewährt dem beklagten Detentor eine Rechtswohlthat gegenüber dem Vindikanten, legt ihm aber eine Verbindlichkeit auf gegenüber dem Auctor. Macht der Detentor von dem ihm eingeräumten Rechte nicht Gebrauch, so wird er, der richtigen Meinung nach, zur Herausgabe der Sache cum omni causa verurtheilt, so daß nun der Auctor, um die Sache wieder zu erlangen, seinerseits die rei vindicatio anstellen muß.[1]) Das constantinische Gesetz beschränkt die laudatio auctoris auf die Vindication unbeweglicher Sachen, die Praxis des gemeinen Rechts aber hat dieselbe auch auf die Vindication beweglicher Sachen, ja selbst auf persönliche Klagen ausgedehnt und behandelt die nominatio s. laudatio auctoris allgemein als exceptio def. leg. ad causam pass.[2])

1) Abweichende Meinungen bei Glück VII S. 196. Vergl. Vangerow I § 332 Anm. 3, Holzschuher II S. 246, Bethmann-Hollweg S. 59 Note.
2) Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses (7. Aufl. 1850) § 117 und die dort angeführten; Vangerow a. a. O.

Das preußische Recht gestattet die Nomination von vornherein bei allen Klagen wegen Rückgewähr beweglicher und unbeweglicher Sachen und die Praxis hat dieselbe, wie im gemeinen Recht, auch bei persönlichen Klagen für zulässig erachtet.[1]) Die A. G. O. geht aber darin weiter als das römische Recht, daß sie den Verklagten auch dem Kläger gegenüber zur Nomination verpflichtet: er ist schuldig, seinen Auctor zu nennen und den Kläger an diesen zu verweisen: § 34 Tit. 17 Th. I Pr. O., § 165 Tit. 7 Th. I A. L. R. Unterläßt er dies dennoch, so hat der Prozeß gegen den Auctor des Verklagten („den Eigenthümer und wahren Besitzer") keine Wirksamkeit: § 35 Tit. 17 Th. I A. G. O., und es kann mithin auch nicht, wie nach gemeinem Recht, das Urtheil auf Herausgabe der Sache vollstreckt werden; vielmehr macht sich der Verklagte wegen der unterlassenen Nomination nur dem Kläger verantwortlich und natürlich auch dem Auctor, wenn diesem aus der unterlassenen Nomination Nachtheile entstehen: § 166 Tit. 7 Th. I A. L. R. Erfolgt die Nomination und der Nominat erklärt sich bereit, den Prozeß zu übernehmen, so wird der Nominant in der Regel als Partei ausscheiden. Erklärt sich der Nominat nicht, so wird der Rechtsstreit mit dem Nominanten fortgesetzt und ersterer kann in diesem Falle aus der Verurtheilung des letzteren weder Ansprüche gegen diesen erheben, noch dem Urtheile und dessen Vollstreckung etwas entgegensetzen: §§ 37 und 39 Tit. 17 Pr. O. Daß übrigens die Nomination in dem Falle ausgeschlossen bleibt, wo der Inhaber wegen seiner eigenen Handlung in Anspruch genommen wird, ist durchaus gerechtfertigt und stimmt auch mit der Praxis des gemeinen Rechts überein.[2])

Die Nomination begründet keine Ausnahme von der Regel, daß bei der rei vindicatio der Besitzer der passiv Legitimirte ist, sondern sie erhält grade die Regel aufrecht. Sie ist nur zulässig, wenn ein Anderer als der zuerst in Anspruch Genommene der Besitzer der zu vindicirenden Sache ist, und hat nur den Zweck, die Person des richtigen Beklagten zu bestimmen; sie ist gegründet auf den Gedanken, daß nicht immer der, welcher die Sache factisch hinter sich hat, der wahre Besitzer ist, — beweist aber nicht etwa, daß die Klage auch gegen einen andern als den Besitzer gerichtet werden könne; sie enthält eine Modifikation der Regel im Interesse der Parteien, läßt aber die Regel selbst unverändert bestehen.

---

1) Proz.-Ordn. Tit. 17 § 34; Plenarbeschl. des O.-Tr. vom 2. April 1849: Entscheidungen 18 S. 11.

2) Pr.-O. Tit. 17 § 40. Vergl. Koch: Commentar z. A. G. O. § 34 Tit. 17 Note 22, Civil-Proz. § 88; Förster a. a. O. § 14 S. 47 fgg.

Aehnlich verhält es sich mit den Bestimmungen über den fictus possessor. Si quis liti sese obtulit und si quis dolo malo desiit possidere, gilt das Princip, daß der fictus possessor ganz so condemnirt wird, als wenn er wirklich besäße, also auf den durch das iuramentum in litem des Klägers zu bestimmenden Werth der Sache. Eine nachträgliche Klage gegen den verus possessor ist nach gemeinem Recht allerdings zulässig, wogegen in dem Falle, daß man schon vorher oder im Laufe des gegen den f. p. schwebenden Prozesses die Sache selbst von dem verus possessor erstritten hat, die Klage gegen den fictus possessor wegfallen muß.[1])

Das preußische Recht bestimmt die Fälle der f. p. in gleicher Weise. Wer sich zum Schaden des Klägers für den Besitzer der Sache fälschlich ausgegeben hat, haftet demselben für das ganze Interesse: § 12 Tit. 15, und ihm ist derjenige gleichgestellt, welcher nach behändigter Klage die Sache weiter veräußert hat: § 16 eod. Abweichend vom römischen Rechte ist dabei nur die Bestimmung, daß der Eigenthümer schuldig ist, sich *zunächst* wegen der Sache selbst an den wahren Besitzer zu halten. Erlangt er hierdurch den Besitz, so ist der f. p. nur zum Ersatz des *aus* der falschen Angabe erwachsenden Schadens und entgangenen Gewinnes verantwortlich; ist aber die Vindication durch die Verzögerung unmöglich geworden, so muß der falsche Besitzer für das gesammte Interesse aufkommen. Neu ist übrigens auch die Bestimmung, daß der unredliche Besitzer, der die Sache vor Anstellung der Klage weiter veräußert hat, als f. p. angesehen und behandelt werden soll.[2])

Erwägt man noch einmal die einzelnen bei dieser Klage hervorgehobenen Punkte, so findet sich die an die Spitze gestellte Regel überall vollständig bestätigt. Bei dem getheilten Eigenthum zeigen sich allerdings einige durch den rechtlichen Charakter desselben bedingte Modificationen, welche indeß für die Regel selbst ohne Einfluß sind. Durch die Vorschriften über die laudatio auctoris wird der Grundsatz, daß nur der Besitzer passiv legitimirt ist, gar nicht alterirt. Die Bestimmungen endlich rücksichtlich des fictus p. enthalten zwar allerdings scheinbare Ausnahmen von dem zuletzt erwähnten Grundsatz, es ist aber dabei zu erwägen, daß die gegen den f. p. gerichtete Klage nur in Bezug auf die Person des Klägers und die Condemnation des Verklagten der rei vind.

1) Es kann dies Alles hier nur angedeutet werden und wird im Uebrigen auf die reiche Literatur des gemeinen Rechts verwiesen. Holzschuher II S. 250 fgg., Glück VII S. 524 fgg. und VIII S. 203 fgg., Vangerow S. 734 Anm. 3.

2) Ueber die ficta poss. im preuß. Recht vergl. Koch: Privatrecht I S. 450 fgg. und S. 337 fgg.; Förster a. a. O. S. 297 fgg.



gleichsteht. Die Veranlassung zur Klage, die Verletzung, welche den passiv Legitimirten bestimmt, ist hier nicht die Vorenthaltung des Besitzes, sondern der Dolus, wie im römischen Recht ausdrücklich anerkannt wird: l. 131 Dig. de R. J. (50, 17): — pro possessione dolus est. Der Anspruch gegen den fictus p. beruht gewissermaßen auf einer obligatio ex maleficio, woraus sich die angedeutete Abweichung von der Regel hinlänglich erklärt.

§ 6. [Die Publiciana in rem actio. — Besitzrechtsklage.] Durch das prätorische Edict — l. 1 Dig. de publ. in rem act. (6, 2) — wurde zum Schutz des Eigenthums gegen totale Verletzung eine zweite Klage eingeführt, welche sich auf die Fiction der vollendeten Usucapion gründet,[1]) im Uebrigen aber der rei vind. gleich steht: l 7 § 8 Dig. h. t. Der Unterschied von der letzteren besteht darin, daß Kläger, um activ legitimirt zu sein, nicht das Eigenthum, sondern nur Besitz ex iusta causa an einer usucapionsfähigen Sache, den er bona fide erlangt hat, beweisen muß. Die Veranlassung zur Klage ist auch hier Entziehung des Besitzes, so daß also immer nur der Besitzer passiv legitimirt sein kann, ohne daß hierdurch gesagt sein soll, daß jeder Besitzer auch stets der richtige Verklagte ist.[2])

Das preußische Recht gewährt, unter dem entschiedenen Einfluß germanistischer Rechtsanschauungen, die a. Publ. oder richtiger die Besitzrechtsklage in einem weit ausgedehnteren Umfange als das römische Recht. Abgesehen davon, daß es, wie die Vindication, so auch die Besitzrechtsklage auf den Schutz der Rechte ausdehnt: § 4 Tit. 15 Th. I A. L. R., schützt das preußische Recht auch keineswegs nur den Usucapionsbesitzer (vergl. § 579 Tit. 9 Th. I A. L. R.), sondern jeden Besitzer, selbst den Inhaber, mit dieser Klage, wenn nur der Verklagte ein schwächeres Recht zum Besitze hat, als der Kläger. Die Veranlassung zur Klage bildet auch nach dem Landrecht die Besitzentziehung und es steht auch sonst die Besitzrechtsklage in allen wesentlichen Stücken der rei vind. gleich, namentlich was die aus dem deutschen Rechte stammenden Beschränkungen des Klägers und die Leistungen des Verklagten anbetrifft.[3])

---

1) § 4 J. de act. (4, 6).

2) Ueber die Publ. in rem act. sind zu vergl. Puchta: Inst. II § 233 S. 598 fgg. und Vangerow I § 295, wo der historische Ursprung der Klage erörtert wird, und Puchta: Pand. § 173, Vangerow I § 335, Sintenis § 53 S. 525, Holzschuher II S. 255, wo das heute geltende Recht vorgetragen ist.

3) Aus der reichen Literatur über die dinglichen Klagen des deutschen Rechts, die Beschränkungen der Vindication u. s. w. vergl. namentlich: Delbrück:

Die allgemeine Regel für die Sachlegitimation der Parteien ist bei dieser Klage folgende: Zur Anstellung der a. Publ. ist nach gemeinem Recht derjenige activ legitimirt, welcher den Usucapionsbesitz der Sache zu beweisen vermag, die den Gegenstand der Klage bildet; nach preußischem Recht derjenige, welcher ein besseres Recht zum Besitz — ius potius possidendi — der Sache oder des Rechts nachweist, als der Verklagte. Passiv legitimirt ist nach gemeinem Recht der Besitzer der Sache, insofern er nicht das Eigenthum oder den Usucapionsbesitz derselben zu behaupten vermag, nach preußischem Recht der Besitzer der Sache oder des Rechts, insofern sein Recht zum Besitz schwächer ist, als das des Klägers.

Rücksichtlich der Activlegitimation wird sowohl in den Worten des Edicts: l. 1 Dig. VI, 2, als in vielen andern Stellen der Usucapionsbesitz als wesentliche Voraussetzung des Klagrechts bezeichnet: l. 7 § 17 h. t.: — Publiciana eum experiri non posse, quia usucapere non poterit, und an andern Stellen werden dann die einzelnen Erfordernisse des Usucapionsbesitzes näher angegeben: eine usucapionsfähige Sache (l. 9 § 5 h. t.: haec actio in his, quae usucapi non possunt, — locum non habet. Vergl. l. 12 § 4 eod.), iusta causa des Besitzes (l. 1 pr., l. 5—7 pr. § 1—5, l. 13 h. t.), bona fides [1]) (l. 1 pr., l. 7 § 11 und 16 h. t.), endlich daß Kläger den Besitz der Sache hatte (l. 7 § 16 und namentlich l. 17 h. t.) und zwar den Besitz mit dem animus rem sibi habendi (l. 13 § 1 eod.). Weitere Voraussetzungen des Klagerechts kennt das römische Recht nicht, aber es fordert auch die angegebenen unbedingt zur Activlegitimation des Klägers und so wird z. B. dem Pfandgläubiger und dem Prekaristen die Klage abgesprochen, weil ihnen dieser Besitz fehlt: l. 13 § 1 h. t. Die einzelnen Fälle, wo das Recht zur a. P. ohne vorhergehenden Besitz erworben wird — etiamsi non fuerit nactus possessionem: l. 12 § 1 eod., beim Universalfideicommiß u. s. w. — sind im Interesse des Rechtsverkehrs und um die Vortheile der Klage nicht zu vereiteln als Ausnahme zugelassen.[2])

Für das preußische Recht werden wir verschiedene Fälle zu unterscheiden haben, um die obige Regel in allen Beziehungen als richtig nachzuweisen.

---

die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipzig, 1857), der im § 31 S. 231 fgg. auch das deutsche Recht eingehend behandelt. Ueber das preußische Recht sind noch zu vergl. Savigny: Obligationenrecht II 155 fgg., Koch: Die Lehre vom Besitz (2. Aufl.) § 30, § 294 fgg. und Privatrecht § 240 S. 456 fgg.

1) Und zwar nur zur Zeit des Besitzerwerbs. Ueber diese streitige Frage vergl. Vangerow I § 335 S. 759 und die daselbst angeführten.

2) Vangerow a. a. O. S. 756.

Zunächst kann es keinem Bedenken unterliegen, daß, wie nach römischem Recht, so auch nach preußischem der Eigenthümer selbst, wenn er es vorzieht, von dieser, den zu führenden Beweis so wesentlich erleichternden Klage Gebrauch zu machen, zu derselben berechtigt ist. Die Besitzrechtsklage wird ihm namentlich von Nutzen sein, wenn er den Erwerb des Eigenthums durch Singular- oder Universalsuccession behauptet; ja man wird immer, wenn Kläger auf Grund eines Titels zum Besitz gelangt zu sein angibt, also titulus und modus acquirendi unter Beweis stellt, die Besitzrechtsklage für cumulirt mit der rei vind. anzusehen haben, weil die specifische Bezeichnung der Klagen im preußischen Rechte fortgefallen ist. Das Recht des Eigenthümers zum Besitz ist natürlich stärker als das jedes andern und ihm gegenüber muß selbst der vollständige Besitzer weichen: § 175 Tit. 7 Th. I A. L. R.

Der vollständige Besitzer (§ 7 Tit. 7 a. a. O.) hat jedem andern als dem Eigenthümer gegenüber alle Rechte des letzteren: § 176 das. Sein Besitzrecht wird, Redlichkeit des Besitzes vorausgesetzt, ohne welche die Klage überhaupt nicht stattfindet (§ 177 a. a. O.), recht eigentlich durch die Besitzrechtsklage geschützt. Eine iusta causa possid. fordert das preußische Recht zur Legitimation des Klägers in diesem Falle nicht ausdrücklich, weil der Kläger die Vermuthung der Rechtmäßigkeit des Besitzes für sich hat: § 179 h. t., der Kläger wird aber die Klage gemäß §§ 154 oder 162 Tit. 7 oder endlich §§ 24, 34 und 35 Tit. 15 Th. I A. L. R. substantiiren müssen. Daß der vollständige Besitzer übrigens ein ius potius poss. hat, als jeder andere Inhaber oder Besitzer, bedarf keines weiteren Nachweises.

Der bloße Inhaber endlich kann, weil sein Recht zum Besitz schwächer ist, als das eines jeden, der eine Befugniß zum Besitze hat, nur von demjenigen die Sache oder das Recht zurückfordern, der ohne allen Rechtsgrund die Sache inne hat: §§ 162, 163 d. T. Aus diesem Grunde wird der Stellvertreter des Besitzers zur Klage legitimirt sein, und ebenso muß der Finder einer Sache dieselbe auch dem vorigen bloßen Inhaber verabfolgen.

Von ganz besonderer Wichtigkeit und namentlich auch für die Frage wegen der Legitimation der Parteien von besonderem Interesse, ist die Ausdehnung der a. Publ. auf die Fälle des unvollständigen Besitzes, den das A. L. R. nach § 6 Tit. 7 Th. I dann annimmt, wenn jemand einen Gegenstand zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in Gewahrsam hat. Dahin gehören nun die Fälle des abgeleiteten Besitzes des röm. Rechts,[1])

1) Ueber die Zahl derselben vergl. Puchta Pand. § 125.

namentlich des Pfandgläubigers, — die persönlichen Servituten des römischen Rechts, z. B. der Usufructus, und andere iura in re, z. B. die Superficies, — endlich gewisse persönliche Rechte, die ohne Besitz der Sache nicht ausgeübt werden können, z. B. Pacht, Miethe, Commodat. In allen diesen Fällen ist der unvollständige Besitzer zur Anstellung der Besitzrechtsklage activ legitimirt und dies ist namentlich für diejenigen von Wichtigkeit, in denen das römische Recht dem bloßen Inhaber eine dingliche Klage ganz versagte. Denn in einigen dieser Fälle hatte auch schon nach römischem Recht der Inhaber eine dingliche Klage, nur eben nicht die a. Publiciana. Wenn für diese Fälle das preußische Recht eine analoge Vindication gestattet, so dem Pfandgläubiger, und als den Rechtsgrund der Klage eben den Besitz der Sache betrachtet, so ist das eine erhebliche theoretische Abweichung vom gemeinen Recht, aber doch von geringerer praktischer Bedeutung, da mit der actio hypothecaria (pigneratitia in rem, Serviana), um bei diesem Beispiele zu bleiben, im Wesentlichen dasselbe erreicht wurde, als mit der nach preußischem Recht auf den unvollständigen Besitz des Pfandgläubigers zu gründenden Klage, wie ja auch die a. hypoth. ausdrücklich als vindicatio pignoris bezeichnet wird. Wenn dagegen das preußische Recht auch dem Miether gestattet, mit der Besitzrechtsklage die ihm vermiethete Sache von jedem weniger berechtigten Besitzer herauszufordern, so ist dies eine auch praktisch sehr wichtige Abweichung vom römischen Recht, welches in diesem Falle nur die Verfolgung der Evictionsansprüche gegen den Vermiether mittelst der Contractsklage zuließ.

Es ist also zur Anstellung der Besitzrechtsklage, außer den vorher genannten Personen, auch der unvollständige Besitzer legitimirt und zwar, so lange sein Besitzrecht dauert, nicht bloß gegen den Inhaber oder den schwächer Berechtigten, sondern auch gegen den Eigenthümer und den vollständigen Besitzer der Sache. Dies erscheint auf den ersten Blick als eine Abweichung von dem für diese Klage rücksichtlich der Activlegitimation aufgestellten Princip, enthält eine solche aber in der That nicht. Denn die Klage des unvollständigen Besitzers hat nur den Zweck, dem Kläger den Besitz der Sache wieder zu verschaffen, um ihm die Ausübung des an derselben eingeräumten Rechts, als dessen vollständiger Besitzer er nach § 9 Tit. 7. Th. I A. L. R. angesehen wird, zu ermöglichen. Diese Rechte, welche also durch die Klage eigentlich geschützt werden, sind, weil sie mit dem Besitz der Sache verbunden sind, dingliche und enthalten Einschränkungen des Eigenthums oder des vollständigen Besitzes, welche jeder dritte Besitzer anerkennen muß: § 3 Tit. 21, § 7 Tit. 19 Th. I und Einl. § 101 A. L. R.

So lange das dingliche Recht währt, ist offenbar derjenige, dem dasselbe eingeräumt worden, dem Eigenthümer sowohl als jedem Besitzer der Sache gegenüber der besser Berechtigte zur Ausübung desselben und daher befugt, jede Einschränkung oder Verhinderung seines Rechts jenen gegenüber abzuwehren. Wenn man das dem unvollständigen Besitzer eingeräumte Klagrecht von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet, so leuchtet ein, daß dadurch die oben bezüglich der Activlegitimation aufgestellte Regel in keiner Weise verletzt wird, weil es eben nicht darauf ankömmt, wer im Allgemeinen ein umfassenderes Recht an der Sache besitzt, sondern darauf, ob im concreten Falle das zu schützende Recht des Klägers stärker ist, als das des Verklagten. Daß übrigens die a. Publ. oder Besitzrechtsklage dem unvollständigen Besitzer in der That zusteht, wird nicht nur in vielen einzelnen Fällen (z. B. §§ 118, 119 Tit. 20 Th. I A. L. R.) anerkannt, sondern es bestimmt auch der § 170 Tit. 7 Th. I A. L. R. ganz allgemein: Der unvollständige Besitzer ist — „auf Wiederherstellung seines Besitzes gegen Jeden anzutragen berechtigt.“

Bei dem getheilten Eigenthum muß die Besitzrechtsklage dem nutzbaren Eigenthümer zustehen, wie er auch zur Anstellung der rei vind. berechtigt ist; jenes um so mehr, als das Besitzrecht des Obereigenthümers während der Dauer des nutzbaren Eigenthums ruht: § 3 Tit. 18 Th. I A. L. R. Sollte aber mit dieser Klage eine Verfügung über die Substanz der Sache verbunden sein, so wird es der Zuziehung der Interessenten, wie bei der Vindication, bedürfen, so weit der Prozeß für letztere verbindlich sein soll.

Passiv legitimirt ist nach römischem Recht jeder Besitzer, in dessen Person nicht ebenfalls die Voraussetzungen der a. Publ. begründet sind, also in der Regel jeder Besitzer, mit Ausnahme des Eigenthümers[1]) und desjenigen, der sich gleichfalls in einer b. fid. poss. befindet. Die Richtigkeit dieses Satzes ergibt sich schon hinlänglich aus der Gleichstellung der publicianischen Klage mit der rei vind. und aus dem Zweck der Klage, so daß es eines Eingehens auf einzelne Quellenzeugnisse nicht bedarf.

Im preußischen Recht muß sich die Passivlegitimation bei der Be-

1) Auch gegen den Eigenthümer ist die Public.-Klage dann anwendbar, wenn seine exceptio dominii durch eine entsprechende replicatio (z. B. doli, rei venditae et traditae, rei iudicatae u. s. w.) entkräftet werden kann. Daß unter Umständen auch gegen den, der sich selbst im Usucapionsbesitz befindet, die Klage durchgreifend ist, erhellt aus l. 9 D. h. t. Ueber die hier obwaltenden Controversen vergl. Vangerow I § 335.

sitzrechtsklage nothwendig anders gestalten. Liegt nämlich die Verletzung, welche zur Klage Anlaß gibt, wie oben gezeigt wurde, auch hier in der Entziehung des Besitzes, so folgt daraus zwar, daß auch nach preußischem Recht nur der Besitzer der richtige Verklagte sein kann. Aber nicht jeder Besitzer ist zur Klage passiv legitimirt, sondern nur derjenige, welcher im einzelnen Falle ein schwächeres Recht zum Besitz hat, als der Kläger selbst. Stellt also der Eigenthümer die Klage an, so ist jeder Besitzer, auch der vollständige, schuldig, sich auf die Klage einzulassen, — klagt letzterer, so ist es jeder minder Berechtigte, namentlich der Inhaber, — klagt dieser, so muß derjenige, welcher ohne allen Rechtsgrund besitzt, sich auf den Prozeß einlassen, und macht endlich der unvollständige Besitzer sein Recht zum Besitz mit dieser Klage geltend, so erscheinen ihm gegenüber nicht nur dritte Personen, welche die Sache hinter sich haben, sondern unter Umständen auch der vollständige Besitzer und selbst der Eigenthümer passiv legitimirt. Alles dies folgt einerseits aus dem Wesen der Klage, andererseits aus den einzelnen gesetzlichen Bestimmungen: §§ 2 und 4 Tit. 15, §§ 175 und 176, §§ 170 und 162 Tit. 7 Th. I A. L. R. Ist das Eigenthum getheilt und es handelt sich um die Rückforderung einer Sache oder eines Rechts, die sich im Besitz des nutzbaren Eigenthümers befindet, so ist letzterer aus den oben dargelegten Gründen der richtige Verklagte und es muß ihm überlassen bleiben, durch das geeignete prozessualische Mittel, für die Zuziehung anderweit Berechtigter Sorge zu tragen.

Im Uebrigen gelten von der Passivlegitimation nach römischem und preußischem Recht dieselben Regeln wie bei der rei vind. Das gilt namentlich von der Nomination und den Fällen der ficta possessio, so wie von der Regel, daß, so weit es die Legitimation anbetrifft, der gute oder böse Glaube des Besitzers ohne Einfluß ist.

§ 7. (**Negatoria in rem actio.**) Das Eigenthum kann nicht allein verletzt werden durch Entziehung des Besitzes der Sache, sondern auch partiell durch widerrechtliche Beschränkung desselben. Zur Beseitigung dieser Beschränkung, auch Wiederherstellung der Freiheit — vindicatio libertatis — gewährt das römische Recht eine besondere Klage: negatoria oder negativa in rem actio. Sie ist eine Eigenthumsklage und unterscheidet sich von der rei vindicatio nicht dem Klagegrunde, sondern nur der Veranlassung nach. Letztere besteht aber darin, daß eine Beschränkung des Eigenthums factisch ausgeübt oder ein Recht zu einer solchen behauptet wird. So ist beispielsweise die a. neg. schon begründet, wenn von einem Nachbar behauptet wird, es stehe ihm ein Recht zu, höher zu bauen, wenn auch mit dem Bau noch gar nicht begonnen ist; nur die Con-

demnation ist in diesem Falle eine andere, als wenn bereits wirklich höher gebaut wäre: l. 15 Dig. de O. N. N. (39, 1). Uebrigens findet die Klage nicht nur dann statt, wenn eine Einschränkung des Eigenthums durch iura in re aliena behauptet wird, sondern auch wegen anderer Störungen, welche den Charakter einer solchen Beschränkung haben.[1]) In allen Fällen ist die behauptete oder ausgeübte Beschränkung des Eigenthums diejenige Verletzung des dinglichen Rechts, welche die Person des Verklagten bestimmt. Behauptet letzterer ein Recht zur Beschränkung des Eigenthums des Klägers, so muß er dieses beweisen und es ist nicht Sache des Klägers, die Freiheit seines Eigenthums nachzuweisen.[2]) Vielmehr genügt zur Activlegitimation desselben der Beweis, daß er Eigenthümer oder wenigstens Usucapionsbesitzer der Sache oder des Rechts sei, auf welches Verklagter eine Beschränkung geltend macht; denn auch auf die Klage zum Schutz der Freiheit des Eigenthums sind die Grundsätze der a. Publ. angewendet worden, so daß man allerdings von einer a. Publ. negat. sprechen kann.

Das preußische Recht kennt die a. neg. gleichfalls und zwar nicht nur dem Wesen, sondern auch der Form nach. Denn während das A. L. R. (§§ 181, 182 Tit. 7 und § 14 Tit. 19 Th. I) eine Vermuthung für die Freiheit und Unbeschränktheit des Eigenthums aufstellt und demjenigen, der ein Recht zu einer Einschränkung behauptet, die Verpflichtung auflegt, dieses Recht nachzuweisen, gewährt die A. G. O. Th. I Tit. 32 § 2 ganz allgemein demjenigen, der es weiß, daß ein Anderer sich eines gewissen Anspruchs an ihn berühme, welchen er nicht einräumen will, die Befugniß, selbst als Kläger in der Hauptsache wider denselben aufzutreten, und die Unrichtigkeit und Ungültigkeit des behaupteten Anspruchs nachzuweisen. Es ist hier namentlich, wie sich aus § 1 a. a. O. („Wenn sich Jemand an des Andern Person, Grundstücke, oder sonstiges Vermögen, gewisser Rechte und Ansprüche — rühmt") ergibt, auch an behauptete Beschränkungen des Eigenthums gedacht, also die prozessualische Form der a. neg. ausdrücklich anerkannt. Die Klage ist auch nach preußischem Recht eine Eigenthumsklage und ist daher nur zulässig, wenn Kläger das Eigenthum an der durch das Rechtsmittel zu schützenden Sache nachzuweisen vermag; daß aber

---

1) Puchta a. a. O. § 172, Vangerow a. a. O. § 353 Note 1, Sintenis a. a. O. I S. 522 fg.

2) Ueber diese berühmte Streitfrage vergl. die vorher angeführten Schriftsteller, so wie Glück X § 685, Holzschuher I S. 363 fg. und H. Witte in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, Neue Folge XIII S. 378—423, XIV S. 131—165.

die Klage auch auf den vollständigen Besitz gegründet werden kann, unterliegt keinem Bedenken. Die Veranlassung zur Klage liegt auch nach preußischem Recht in der factischen Ausübung oder Behauptung des Rechts einer Beschränkung des Eigenthums, und die Frage über die Beweislast ist nach der im gemeinen Recht herrschenden richtigen Meinung entschieden: §§ 181, 182 Tit. 7 Th. I A. L.-R., Präj. des O.-Tr. vom 6. October 1847: Entsch. XV, 452.

Die Regel für die Sachlegitimation der Parteien bei dieser Klage ist nach dem Vorhergehenden in folgender Weise festzustellen: Activ legitimirt ist nach gemeinem Recht der Eigenthümer oder der Usucapionsbesitzer der Sache, in Bezug auf welche eine Beschränkung ausgeübt wird, — nach preußischem Recht jeder, welcher das Eigenthum oder den vollständigen Besitz der Sache nachzuweisen vermag. Passiv legitimirt ist derjenige, welcher das Eigenthum oder das Besitzrecht des Klägers einschränkt oder ein Recht zu einer solchen Beschränkung behauptet. Dies ist näher zu begründen.

Hinsichtlich der Activlegitimation wird im römischen Recht mit der größten Bestimmtheit hervorgehoben, daß nur das Eigenthum an der angeblich belasteten Sache das Klagerecht zur Anstellung der a. neg. begründe, dergestalt, daß wenn selbst der, welcher sich ein dingliches Recht auf die Sache anmaßt, gar kein Recht dazu hat, er in dem Besitze desselben „iure quo possessores sunt potiores“ dennoch geschützt wird, wenn der Negatorienkläger nicht dominus proprietatis ist: l. 5 Dig. si ususfr. pet. vel ad alium pertinere negetur (7, 6), l. 2 pr., l. 4 § 7, l. 6 § 3 si servitus vind. vel ad a. p. n. (8, 5). Dieser Grundsatz wird so streng festgehalten, daß in den Quellen sich nicht einmal die Anwendung des Princips der a. Publ. auf die negatorische Klage direct ausgesprochen findet. Freilich kann es aber keinem Bedenken unterliegen, daß man den Usucapionsbesitzer, den man in Bezug auf die wichtigste aller Eigenthumsklagen dem dominus gleichstellte, in der Praxis auch zur Negatorienklage für berechtigt hielt (vergl. auch l. 11 § 1 Dig. 6, 1), und die Lehrer des gemeinen Rechts sind darüber auch so völlig einverstanden, daß es in der That für zweifellos gelten muß, daß der Usucapionsbesitzer zur Klage activ legitimirt ist.[1])

Sollte aber das Eigenthum gegen Einschränkungen wirksam geschützt und namentlich die erwerbende Verjährung von iura in re aliena erschwert werden, so mußte man dann, wenn der Eigenthümer nicht selbst besaß,

1) Puchta § 173, Vangerow § 354, Sintenis § 52 N. 62.

2) Präj. vom 29. April 1848 Nr. 2008: Präj. d. O.-Tr. I, 24. Vergl. Rechtsfälle IV, 253.

demjenigen, welcher in seinem Namen den Besitz ausübte oder ein dingliches Recht an der Sache von ihm herleitete, zur Anstellung der Negatorienklage zulassen, da nur hierdurch die Möglichkeit gewährt wurde, willkürliche Einschränkungen des Eigenthums zu jeder Zeit im Wege Rechtens abzuwehren. Nach dem Principe aber, welches die römischen Juristen im Actionenrecht überall festhielten, wurde für solche Fälle analoger Anwendung eines Rechtsmittels nicht die actio directa, sondern eine utilis actio gewährt. So finden wir denn auch eine neg. a. utilis für den Faustpfandgläubiger, den Emphyteuta, den Superficiar u. s. w. im römischen Rechte erwähnt, und wo derartige Verhältnisse noch heute bestehen, werden dieselben Personen auch nach heutigem gemeinen Recht zur Anstellung der Klage activ legitimirt erscheinen. Aus gleichem Grunde wird bei dem getheilten Eigenthum der nutzbare Eigenthümer und bei Rechtsverhältnissen, die sich im Laufe der Zeiten, abweichend vom römischen Recht, aber von gleichem oder ähnlichem juristischen Charakter wie die erwähnten, entwickelt haben, z. B. bei einzelnen Arten der Bauergüter, bei dem Kirchengut u. s. w. der jeweilige Besitzer, der Pfründner ꝛc. zur Anstellung der Klage legitimirt sein.

Was das preußische Recht anbetrifft, so erscheint nach den *oben* angeführten Bestimmungen der Gesetzbücher, zunächst ebenfalls der Eigenthümer als der zur Klage Legitimirte. Ihm steht auch in dieser Beziehung der vollständige Besitzer der Sache gleich und der Verklagte kann aus dem Umstande, daß Kläger nur den Besitz der Sache und nicht das Eigenthum an derselben nachweist, den Einwand der mangelnden Activlegitimation nicht herleiten, wie dies das Ober-Tribunal auch wiederholt angenommen und begründet hat.[1]) Eine weitere Ausdehnung der Negatorienklage auf andere Fälle wird aber nach preußischem Recht nicht anzunehmen sein und namentlich kann der u n v o l l s t ä n d i g e Besitzer für diese Klage n i c h t als activ legitimirt erachtet werden. Man ist freilich geneigt, dieser Ansicht den Satz entgegenzustellen, daß, da der unvollständige Besitzer unbestreitbar berechtigt sei, die Sache selbst mit der Besitzrechtsklage zurückzufordern, er um so mehr befugt sein müsse, partielle Verletzungen abzuwehren. Es ist aber nicht zu übersehen, daß die Negatorienklage nicht zum Schutz aller Rechte an einer Sache, sondern nur zum Schutz des Eigenthums und des Usucapions-, beziehungsweise des vollständigen Besitzes bestimmt ist. Für das römische Recht ist dies in der That ganz zweifellos, für das preußische Recht aber folgt es daraus, daß der Grund der Klage in der

1) Präj. vom 24. April 1848 Nr. 2008: Präj. d. O.-Tr. I, 24. Vergl. Rechtsfälle IV, 253.

Vermuthung für die Freiheit von jeder Einschränkung beruht, diese Vermuthung aber nur dem Eigenthümer und dem vollständigen Besitzer zur Seite steht. Gegen die Störungen anderer Rechte an der Sache sind besondere Klagen gegeben, mit denen der Berechtigte im Wesentlichen dasselbe erreicht, was der Eigenthümer und der vollständige Besitzer durch die a. neg. zu erreichen im Stande sind. Ist beispielsweise ein Grundstück in Pacht gegeben worden und wird zum Nachtheil des Pächters eine Wegegerechtigkeit an dem verpachteten Grundstück in Anspruch genommen, so wird der Pächter unter Umständen zwar eine dingliche Klage gegen den Prätendenten der Servitut anstellen können, — wobei es auf die Bestimmungen über die Collision von dinglichen, beziehungsweise dinglichen und persönlichen Rechten ankömmt, — aber die Regel wird immer sein, daß er den Verpächter wegen nicht gehöriger Erfüllung aus dem Vertrage in Anspruch nimmt und ihm die Führung des Negatorienprozesses überläßt: jedenfalls ist aber im ersteren Falle die anzustellende Klage nicht die a. neg., weil der Pächter nicht die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums für sich in Anspruch nehmen kann. Auch das ist dabei unerheblich, daß der unvollständige Besitzer der Sache vollständiger Besitzer des ihm an derselben eingeräumten Rechts ist, und sich daher, weil nach unserer eigenen Ausführung der vollständige Besitzer zur a. neg. activ legitimirt ist, der Klage auch bedienen könne, um sein Recht zu schützen. Denn die zur Klage Anlaß gebende Beschränkung ist jederzeit allein oder wenigstens hauptsächlich gegen den gerichtet, dem das Eigenthum oder der vollständige Besitz der Sache zusteht, so z. B. den Besteller des Nießbrauchs, den Verpächter u. s. w.; der erstere Fall tritt ein, wenn derjenige, welcher die Beschränkung behauptet, das dingliche Recht des unvollständigen Besitzers unbestritten läßt, dennoch aber ein Recht an der den Gegenstand des unvollständigen Besitzes bildenden Sache beansprucht, — der andere Fall liegt dann vor, wenn der Prätendent der Beschränkung die Unverträglichkeit eines an der Sache constituirten dinglichen Rechts mit den von ihm erhobenen Ansprüchen behauptet, was nicht geschehen kann, wenn nicht zugleich die Berechtigung des Eigenthümers oder vollständigen Besitzers zur Constituirung jenes angegriffenen Rechts in Zweifel gestellt wird. Es ist also solchen Ansprüchen gegenüber der Eigenthümer oder vollständige Besitzer in weit höherem Grade interessirt als der unvollständige Besitzer und es erscheint daher dem Wesen der Sache und einer verständigen Rechtsordnung ganz entsprechend, daß die Klage jenem gewährt, diesem aber versagt wird. Wenn das römische Recht in einzelnen Fällen andern Personen

als dem Eigenthümer und Usucapionsbesitzer eine a. neg. utilis gewährt, so sind dies positive Vorschriften, die eben so viel Ausnahmen von der Regel begründen und für das preußische Recht nicht maßgebend sein können. Es fehlt aber auch nicht an einem innern Grunde für die Verschiedenheit des römischen und preußischen Rechts in dieser Beziehung. Die Fälle nämlich, wo das römische Recht die a. neg. als utilis gewährt, sind die, wo es einen sog. abgeleiteten Besitz annimmt,[1]) der dem juristischen Besitz mit dem animus domini (rem sibi habendi) vollständig gleichgestellt ist: so dem Pfandgläubiger, Emphyteuta u. s. w. Das preußische Recht nimmt aber in diesen Fällen nur einen unvollständigen Besitz an, der dem vollständigen keineswegs gleich steht. Es war also im römischen Rechte durchaus consequent, dem abgeleiteten Besitzer alle Rechte zu gewähren, die zum Schutz der eigentlichen civilis possessio gegeben wurden, während im preußischen Recht eine solche Gleichstellung des vollständigen und des unvollständigen Besitzers eine Inconsequenz gewesen sein würde.

Es bleibt nun noch übrig, die eben rücksichtlich des unvollständigen Besitzers ausgesprochene Ansicht aus dem Gesetz zu begründen. Zunächst verweist § 32b. Tit. 1 Th. I A. G. O. rücksichtlich der Personen, welche Prozesse führen können, bei Streitigkeiten, welche dingliche Rechte auf fremdes Eigenthum zum Gegenstande haben, auf § 10 Tit. 19 Th. I A. L. R., welcher bestimmt: „Ein Rechtsstreit, durch welchen die Richtigkeit eines dinglichen Rechts auf die Substanz einer fremden Sache ausgemittelt werden soll, kann nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben gültig verhandelt werden.“ Dabei ist es denn wohl unbedenklich, daß die Vorschrift sich nicht nur auf Rechte auf die Substanz einer fremden Sache, zu denen nur die im Tit. 20 Th. I A. L. R. behandelten gehören würden, sondern auch, wie aus andern, gleich zu erwähnenden Stellen hervorgeht, auf Rechte, welche die Sache selbst, deren Pertinenzen oder Gerechtigkeiten zum Gegenstande haben, bezieht. Weiter ist hervorzuheben, daß das Gesetz, seinem unmittelbaren Ausdrucke nach, nur den Fall im Auge hat, wo confessorisch gegen den unvollständigen Besitzer geklagt wird; gegen diesen soll die Klage nicht zulässig sein, vielmehr gegen den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer gerichtet werden müssen. Aber wenn man erwägt, daß der Fall, wo der unvollständige Besitzer negatorisch klagt, demjenigen der Wirkung und dem Erfolge nach gleich steht, wo er confessorisch beklagt wird, indem es sich in beiden Fällen um eine Belastung des im unvollstän-

1) Puchta a. a. O. § 125. Ob der Besitz des Emphyteuta juristischer oder abgeleiteter sei, ist streitig, aber für unsere Frage unerheblich.

digen Besitz befindlichen Sache handelt, so wird man sicher nicht anstehen können, die Vorschrift auch auf den hier fraglichen Fall zu beziehen. Dies wird auch bestätigt durch die Bestimmungen rücksichtlich der einzelnen Fälle des unvollständigen Besitzes. Der Pfandinhaber hat nach preußischem Recht unzweifelhaft den unvollständigen Besitz der ihm verpfändeten Sache: § 117 Tit. 20 Th. I A. L. R. Deshalb gestattet ihm das Gesetz zwar die vindicatio pignoris — die römisch rechtliche a. hypothecaria: — § 118 fg. a. a. O., aber nicht die a. negatoria; wird vielmehr die Sicherheit des Pfandes durch den Anspruch eines Dritten geschmälert, so hat der Pfandgläubiger nur das im § 23 daselbst beschriebene Recht, die a. neg. aber muß der Eigenthümer des Pfandes anstellen. Der Nießbraucher ferner muß sich zwar nach § 82 Tit. 21 Th. I A. L. R. auf Prozesse, welche die Substanz der Sache, deren Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten betreffen, einlassen und die Prozeßkosten vorschießen, aber ein Recht zur selbständigen Anstellung der a. neg. wird ihm dadurch nicht gegeben. Die Vorschrift will nur sagen, daß der Nießbraucher den Confessorienkläger nicht mit der exc. def. leg. ad c. pass. abweisen könne, sondern sich auf den Prozeß einzulassen gehalten sei. Dies folgt aus der Bestimmung des § 83 a. a. O., der dem Nießbraucher die Pflicht auferlegt, den Eigenthümer im weiteren Laufe des Prozesses zuzuziehen; bei der a. neg. kann von einer solchen nachträglichen Beiladung nicht die Rede sein, vielmehr muß der Richter, wenn der Nießbraucher selbständig vorgehen wollte, die Klage von vornherein zurückweisen, weil er die Klage von Amtswegen zu prüfen hat und, falls die Activlegitimation nicht nachgewiesen ist, nicht einleiten darf. Für den Erbpächter gelten nach §§ 225, 26 Tit. 21 Th. I A. L. R. dieselben Vorschriften, und was endlich den Pächter anbetrifft, so muß nach §§ 418, 419 a. a. O. der Verpächter dem Pächter die ungehinderte Benutzung der ihm verpachteten Grundstücke und Rechte gewähren und denselben gegen alle darauf gemachten Ansprüche, insofern dadurch die Nutzungen oder Rechte des Pächters geschmälert werden, vertreten, welche Vorschrift gleichfalls nicht gerechtfertigt erschiene, wenn dem unvollständigen Besitzer überlassen wäre, allein und aus eigenem Rechte die Negatorienklage anzustellen. Wo also das Gesetz überhaupt den fraglichen Gegenstand berührt, spricht es sich immer im Sinne der hier vertretenen Meinung aus und in der Vorschrift des § 10 Tit. 19 Th. I A. L. R. dürfen wir wohl mit Recht eine ausdrückliche und generelle Bestätigung derselben finden.[1])

---

1) Für dieselbe sprechen sich auch aus: Bornemann IV, 279 u. Förster S. 311.

Anlangend die Passivlegitimation, bestimmt sich die Person des Verklagten auch bei der actio neg. durch die Verletzung des Eigenthums oder des vollständigen, resp. Usucapionsbesitzes. Nicht jede derartige Verletzung aber berechtigt zur Klage, sondern im Allgemeinen immer nur eine solche, welche eine Einschränkung des Rechts des Klägers darstellt, die volle Ausübung desselben oder die Ausschließlichkeit des Gebrauchs beeinträchtigt. Wird das Eigenthum der Sache selbst in Anspruch genommen, so ist nicht die negatorische, sondern die Eigenthums- oder Besitzrechtsklage anwendbar, obwohl letztere und die a. neg. allerdings, z. B. wenn eine Personalservitut an dem ganzen Grundstück in Anspruch genommen wird, gleichzeitig zulässig sein können. Der am häufigsten eintretende Fall der Veranlassung zu dieser Klage wird allerdings der sein, daß ein dingliches Recht an der Sache geltend gemacht wird: Servituten oder deutschrechtliche Beschränkungen des Eigenthums. Die Handlung, welche die Verletzung des dinglichen Rechts darstellt, kann sehr verschieden sein und es ist z. B. zur Klage passiv sowohl der legitimirt, welcher sich eines Weiderechts am Grundstück des Klägers berühmt, als der, welcher ein solches wirklich ausübt, wie endlich auch derjenige, welcher ein ihm zustehendes Recht über die Grenzen seiner Befugnisse ausdehnt. Die vorgekommene Verletzung muß unter allen Umständen der Kläger beweisen und es ist dann, wie schon oben bemerkt wurde, Sache des Verklagten, seine Berechtigung zu der behaupteten oder thatsächlich ausgeübten Beschränkung des Eigenthums des Klägers im Wege der Exception geltend zu machen. Auf das Verhältniß, in welchem die Parteien etwa früher standen, kömmt es nicht an und es kann daher beispielsweise der Eigenthümer die Klage sowohl gegen denjenigen richten, dem er selbst ein Recht an der Sache eingeräumt hat — so gegen den Usufructuar, wenn dieser das Recht weiter, als zulässig ist, ausdehnt, — als gegen jeden Dritten, welcher sich dergleichen Rechte anmaßt. In einzelnen Fällen wird es für die Wirkung des Negatorienprozesses von Interesse sein, in welchem Verhältniß der Verklagte zu Dritten, bei der Sache in irgend einer Weise betheiligten Personen steht. Der Pächter z. B., der eine Servitut auf ein fremdes Grundstück in Anspruch nimmt, kann unbestritten auch allein mit der Negatorienklage belangt werden. Wenn er aber die Servitut als eine dem gepachteten Grundstück zustehende ausübt, dergestalt, daß das Recht des Verpächters durch den Prozeß mit berührt wird, so ist der Pächter zwar auch zur Klage passiv legitimirt, die Verhandlungen desselben aber werden, wenn der Verpächter nicht zugezogen wird, für den letzteren nicht verbindlich sein, was im 3. Abschnitt näher begründet werden soll.

§ 8. [Superficies und Emphyteuse; ähnliche Institute im preußischen Recht.] Dem Eigenthum am nächsten in Beziehung auf den Umfang der Rechte stehen die Superficies und die Emphytheuse. Ueber beide Institute ist in Kürze nur so viel zu sagen, als erforderlich ist, um die Richtigkeit des aufgestellten Princips über die Sachlegitimation auch rücksichtlich dieser Verhältnisse zu zeigen.

Der Charakter der Superficies beruht nach römischem Rechte darin, daß sie das veräußerliche und vererbliche Recht an einem fremden Gebäude auf vollständige Benutzung desselben ist.[1]) Das Recht wird geschützt theils durch Interdicte, theils durch dingliche, theils durch persönliche Klagen. Wo es sich nur um den Besitz handelte, wurde nach l. 1 Dig. de superfic. (43, 18) ein Interdict nach Art des Interd. uti possidetis gegeben. Mit diesem konnte auch gegen den Dominus geklagt werden, gegen welchen indeß auch eine persönliche Klage ex emto oder ex conducto gewährt wurde: l. 1 § 1 D. eod. Gegen jeden Dritten gab der Prätor causa cognita d. h. unter der Voraussetzung, daß nicht ad modicum tempus das Recht constituirt war, eine utilis in rem actio nach Analogie der rei vind : l. 73 § 1, l. 74, 75 Dig. 6, 1 oder der Publ. in rem actio: l. 12 § 2, 3 Dig. 6, 2. Schon daraus, daß es in l. 1 § 3 D. 43, 18 heißt: „— si ad tempus quis superficiem conduxerit, negetur ei in rem actio," ergiebt sich vollständig, daß Kläger behufs seiner Activlegitimation zu der dinglichen Klage eben den Nachweis aller charakteristischen Voraussetzungen seiner Berechtigung zu führen hatte. Ueber die Passivlegitimation enthalten die Quellen keine weiteren Bestimmungen: es gelten in dieser Hinsicht alle Grundsätze, welche auch bei den Klagen aus dem Eigenthum zur Anwendung kamen.

Die Emphyteuse charakterisirt sich wesentlich als das dingliche vererbliche und veräußerliche Recht an fremdem Grund und Boden, vermöge dessen der Inhaber gegen Entrichtung eines jährlichen Canons das volle Gebrauchs- und Nutzungsrecht hat, so jedoch, daß die Sache nicht deteriorirt werden darf.[2]) Der Emphyteuta hat den juristischen (oder abgeleiteten?) Besitz der Sache, während der Superficiar nur Quasibesitzer des Rechts ist. Zur Sicherung der umfassenden Rechte, welche dem ersteren zustehen, sind, außer den Interdicten, noch zwei dingliche Klagen bestimmt: die emphyteuticaria in rem actio nach Analogie der rei vind. und dieselbe Klage als Publiciana: l. 1 § 1

---

1) Puchta § 175, Sintenis I § 56 S. 540 fg., Holzschuher III, 414 fg.
2) Puchta § 176, 177, Sintenis I § 55 S. 535, Vangerow I § 358, Holzschuher II, 405 fg.

Dig. si ager vect. (6, 3): Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt, a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes; l. 12 § 2 Dig. 6, 2. Es wird also bei diesen Klagen, wie bei allen andern dinglichen, der Nachweis aller zur Erkenntniß des einzelnen bestimmten Rechts erforderlichen Voraussetzungen zur Activlegitimation des Klägers verlangt. Wer passiv legitimirt ist, bestimmt sich auch hier wie bei den Klagen aus dem Eigenthum und Usucapionsbesitz.

Ueber die heutige Geltung dieser Rechtsinstitute herrschten unter den Lehrern des gemeinen Rechts mannigfache Controversen, doch erkennt man wohl ziemlich allgemein an, daß die Theorie von der Superficies auch noch heute maßgebend, die Anwendung aber der römischen Grundsätze von der Emphyteuse auf äußerlich ähnliche Verhältnisse in Deutschland nicht zu billigen ist.[1]) Verkennen läßt sich allerdings nicht, daß die Lehre von der Emphyteuse auf die Gestaltung der Rechte an deutschen Bauergütern nicht ohne Einfluß geblieben ist, wie ein solches auch vom Lehn gilt. Im Uebrigen haben sich diese Verhältnisse in Deutschland in der verschiedensten Weise gestaltet[2]) und diese Mannigfaltigkeit rechtlicher Bildungen wird es gerechtfertigt erscheinen lassen, wenn wir von den aus diesen Verhältnissen sich ergebenden dinglichen Klagen bei Erörterung unserer Frage gänzlich absehen.

Das preußische Recht kennt die Superficies gleichfalls als ein besonderes Rechtsinstitut, wenn auch nicht dem Namen nach.[3]) Die betreffenden Bestimmungen stehen freilich im Titel von den Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander (Tit. 22 Th. I A. L. R.) und daraus folgt, daß die Rechte der Superficies nach preußischem Recht auch als Servituten eines Grundstücks gegen das andere vorkommen können, was dem römischen Rechte fremd ist. Indeß gehört es nach der im § 243 a. a. O. enthaltenen Erklärung: „Wer das Recht hat, auf fremdem Grunde und Boden Gebäude, Bäume und Holzungen zu haben, der kann darüber, gleich einem Eigenthümer, frei verfügen," nicht nothwendig zum Wesen des Superficies, daß sie einem andern Grundstücke zustehe; sie kann vielmehr selbständig besessen und übertragen werden. Ueber die dem Berechtigten zustehende Klage äußert sich das Landrecht nicht. Offenbar wird aber der Berechtigte sowohl posses-

---

1) Puchta § 174, namentlich Sintenis I § 55 Note 1.

2) Vergl. hierüber Gerber §§ 138— 143, Phillips II §§ 254—57, Hillebrand § 227.

3) Koch, Privatrecht I § 350.

forisch als petitorisch klagen können und zwar, je nach der Art der Verletzung seines Rechts mit der rei vind. oder der Besitzrechts- oder der negatorischen Klage; in Bezug auf die Sachlegitimation der Parteien gelten demgemäß auch die oben bereits erörterten Grundsätze. Wo die Superficies als Recht eines Grundstücks gegen das andere vorkömmt, werden die zum Schutz der Prädialservituten bestimmten Rechtsmittel (vgl. unten § 11) unverändert zur Anwendung kommen.

Die Rechte an bäuerlichen Grundstücken haben sich auch in Preußen überall anders entwickelt,[1]) wie denn noch das Landrecht vier verschiedene Gestaltungen der Besitzverhältnisse an solchen Immobilien anerkannte: Erbzinsgüter §§ 680—872 Tit. 18, Zinsgüter §§ 813—819 das., Erbpachtgüter §§ 187—226 Tit. 21, und zur Cultur ausgesetzte Güter und Grundstücke §§ 626—650 das. Eines genaueren Eingehens auf die Legitimationsfrage bei Rechtsstreitigkeiten über derartige Güter bedarf es nicht. Einmal haben alle derartige Verhältnisse zur Zeit nur eine sehr untergeordnete praktische Bedeutung, nachdem das Obereigenthum des Erbzinsherrn und das Eigenthumsrecht des Erbverpächters aufgehoben ist und die zu lassitischen Rechten nach Maßgabe der §§ 626 fg. Tit. 21 Th. I A. L. R. ausgethanen Güter der Regulirung unterworfen worden sind: §§ 2 und 74 Ges. v. 2. März 1850 (G.-S. S. 77). Dann aber ist auch zu erinnern, daß in Betreff der Prozeßführung über solche Güterverhältnisse Vorschriften galten, die auch bei andern, unten zu erwähnenden Instituten zur Anwendung kamen; bei den Erbzinsgütern die Vorschriften vom getheilten Eigenthum, — bei schlichten Zinsgütern, deren Eigenthum unter dem Vorbehalt eines Zinses verliehen war, die Bestimmungen über das volle Eigenthum: § 817 Tit. 18 Th. I A. L. R., — bei der Erbpacht endlich die Regeln vom Nießbrauch: § 226 Tit. 21 Th. I A. L. R.

§ 9. [Die Servituten.] Der gemeinschaftliche Charakter der persönlichen und der Realservituten besteht nach römischem Recht darin, daß es Rechte an fremden Sachen auf Benutzung derselben für ein individuell bestimmtes Subject sind; je nachdem das Subject eine Person oder ein Sachindividuum ist, sprechen die römischen Juristen von servitutes personarum und praediorum. Zum Schutz aller Servituten ist dieselbe dingliche Klage, die actio confessoria, bestimmt.

Das A. L. R. stellt eine so allgemeine Definition der Servituten nicht auf. Es behandelt im Tit. 21 Th. I die Rechte zum Gebrauch oder zur Nutzung fremden Eigenthums und zwar zunächst Nießbrauch

---

1) Bornemann IV §§ 269, 70, 285; Koch a. a. O. I §§ 309—316, 329—332a.



(Usus und Usufructus des römischen Rechts) und Erbpacht als vollständige Nutzungsrechte, demnächst Precarium, Commodat, Pacht und Miethe, für welche Verhältnisse das römische Recht ein dingliches Recht nicht annahm. Diesen subjectiv-persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten an fremdem Eigenthum werden im 22. Titel die subjectiv-dinglichen, die Gerechtigkeiten der Grundstücke gegen einander, die servitutes praediorum des römischen Rechts, entgegengestellt. Wir scheiden hier die eingeschränkten Nutzungs- und Gebrauchsrechte vorläufig aus und behandeln nur die Servituten im römischen Sinne. Dabei wird es angemessen sein, die persönlichen und die Realservituten getrennt zu besprechen, weil sich auch die Legitimation bei denselben verschieden gestaltet.

§ 10. [Personalservituten.] Das römische Recht kennt vier Personalservituten: usus, ususfructus, habitatio, operae servorum oder animalium; letztere beide sind gegenwärtig entschieden unanwendbar und es ist sogar streitig, ob der usus noch als ein besonderes ius in re neben dem ususfructus anzunehmen sei.

Das preußische Recht kennt die op. serv. oder anim. und die habitatio gleichfalls nicht als besondere Servituten und hat auch für den Usus keinen bezeichnenden technischen Ausdruck. Das Landrecht erklärt nämlich den Nießbrauch als das vollständige Nutzungsrecht oder die Befugniß, eine fremde Sache nach der Art eines guten Hauswirths, ohne weitere Einschränkung, zu nutzen oder zu gebrauchen: § 22 Tit. 21 Th. I A. L. R. Darunter begreift das Gesetz den Usufructus und den Usus des römischen Rechts und versteht unter letzterem den Nießbrauch einer Sache nach dem Bedürfniß des Berechtigten, ein Recht zur Nothdurft einer bestimmten Person: § 185 Tit. 21, § 22 Tit. 19 Th. I A. L. R. Bei dem Nießbrauch, wo eine derartige Beschränkung nicht vorhanden ist, kann das Recht, insofern die Verpflichtung des belasteten Eigenthümers dadurch nicht erschwert oder verschlimmert wird, auf einen andern zur Ausübung übertragen werden; bei dem Nießbrauch zum Bedürfniß einer bestimmten Person ist dies nicht zulässig: § 22 u. 23 Tit. 19 Th. I A. L. R. Durch diese Vorschrift ist einer der wichtigsten Unterschiede zwischen Usufructus und Usus im römischen Rechte auch für das preußische Recht anerkannt.

Zum Schutz der persönlichen Servituten dient im römischen Recht, neben den possessorischen Interdicten, die actio confessoria, mit welcher die theilweise wie die gänzliche Verletzung des Rechts abgewehrt wird. Sie geht gegen denjenigen, welcher dem Berechtigten die Servitut entzieht oder den Gebrauch hindert oder stört, und hat die Rückgabe der

Sache, die Beseitigung der Störung oder Verletzung zum Zwecke, nebenher auch Ersatz des Schadens, Untersagung künftiger Störung, Stellung einer Kaution u. s. w. Wer die Servitut ausübt und sich auf Quasitradition derselben berufen kann, hat die a. Publ. mit den Wirkungen der a. conf., d. h. er braucht nicht das Servitutrecht, sondern nur die Tradition ex justa causa zu beweisen. Kurz und treffend charakterisiren die römischen Juristen die a. conf., indem sie dieselbe eine vindicatio servitutis, petitio iuris nennen.

Im preußischen Rechte werden die dinglichen Gebrauchs- und Nutzungsrechte gleichfalls durch eine dingliche Klage geschützt, welche denselben Zweck und dieselbe Wirkung hat als die a. confessoria:[1]) nur die Bezeichnung fehlt, indem das preußische Recht die Klage vielmehr als eine Vindication ansieht, was ganz folgerichtig erscheint, da ein Eigenthum an dinglichen Rechten angenommen wird. Ein neuerer Schriftsteller[2]) will unterschieden wissen, ob die dingliche Klage gegen den Eigenthümer oder Besitzer des mit einer Servitut belasteten Grundstücks gerichtet werde oder gegen einen Dritten; im ersteren Falle sei die Klage auch nach preußischem Rechte als confessoria, im letzteren als Vindication zu bezeichnen. Dieser Unterschied ist auch vollkommen gerechtfertigt. Denn mit der dinglichen Klage des preußischen Rechts kann einerseits das Eigenthum an dem einschränkenden Recht verfolgt werden, wenn ein Dritter dasselbe für sich in Anspruch nimmt: dann charakterisirt sich die Klage lediglich als Vindication des Rechts, deren oben bereits gedacht wurde. Andererseits aber kann die Klage auf Anerkennung des Einschränkungsrechts gegen den Eigenthümer oder jeden dritten Besitzer der Sache mit dem Antrage gerichtet werden, den Verklagten für schuldig zu erklären, sich die Einschränkung des dinglichen Rechts gefallen zu lassen, oder die betreffende Leistung zu gewähren, der Störung des dinglichen Rechts sich zu enthalten u. s. w.: § 7 Tit. 19, § 3 Tit. 21, §§ 169, 170 Tit. 7 Th. I A. L. R.; dies ist die der römischen a. conf. entsprechende Klage und nur von dieser wird nachstehend die Rede sein. Aus der zuletzt angeführten Stelle ergibt sich übrigens, daß auch nach preußischem Recht die Klage auf den redlichen Besitz des Rechts gegründet werden kann.

Zur Anstellung der Klage ist nach römischem Recht derjenige activ legitimirt, dem der Ususfructus, der Usus u. s. w. zusteht oder der sich im Usucapionsbesitz der Servitut befindet: l. 5 pr. Dig. si ususfr. pet.

---

1) Koch a. a. O. I § 318.
2) Förster a. a. O. S. 303.

(7, 6), l. 11 § 1 Dig. de Publ. act. (6, 2). Der Dominus der Sache, an welcher die Personalservitut bestellt ist, hat die Klage natürlich nicht, quia, qui habet proprietatem, utendi fruendi jus separatum non habet. Daß sich der Servitutberechtigte im Besitz des durch die a. conf. zu schützenden Rechts befindet, hindert nicht, wie es bei der r. vind. der Fall ist, die Anstellung der Klage: l. 6 § 1 D. 8, 5. Andere Personen waren zur Anstellung der a. conf. nicht legitimirt. Denn die Personalservituten des römischen Rechts konnten nicht weiter übertragen werden und nur beim Usufructus war die Ausübung desselben durch andere gestattet. Aber es konnte an demselben nicht wiederum ein dingliches Recht, etwa ein After-Nießbrauch, bestellt werden, sondern es war nach dem Grundsatze „servitus servitutis esse non potest" nur eine Verpachtung, Verpfändung u. s. w. der Früchte zulässig. Derjenige, auf den der Fruchtgenuß in solcher Weise übergegangen war, hatte also nur ein persönliches Recht und mußte aus diesem Grunde von der Anstellung der dinglichen Klage ausgeschlossen sein: l. 1 Dig. de usu et usufr. per leg. vel. fideic. dat. (33, 2).

Nach preußischem Recht ist, wie aus den oben angeführten Stellen hervorgeht, gleichfalls der Eigenthümer oder redliche Besitzer des Rechts zur Klage activ legitimirt und zwar ist der Besitzer nicht nur so lange er sich im Besitz befindet, sondern auch, wenn er den Besitz wider seinen Willen verloren hat, zur Anstellung der Klage auf Anerkennung seines Rechts, so weit er dasselbe besessen hat, und zu allen entsprechenden Anträgen berechtigt: § 2 Tit. 21 Th. I A. L. R. So weit ferner eine Uebertragung des Nutzungsrechts zulässig ist, § 110 Tit. 21 a. a. O., muß derjenige, dem die Ausübung des Nutzungsrechts überlassen worden ist, wenn ihm zugleich der Besitz der Sache übertragen wird, zur Klage für legitimirt erachtet werden. Nimmt man z. B. den einfachen Fall, daß Titius das Grundstück, dessen gesammter Nießbrauch ihm legirt ist, an Gajus verpachtet, so erhält letzterer, wenn ihm zugleich das Grundstück übergeben wird, ein dingliches Recht und er wird daher befugt sein, gegen jeden Dritten, der ihm die Benutzung oder den Gebrauch des Grundstücks streitig macht, auf Anerkennung seines Rechts zu klagen, während ihm nach römischem Recht nur die Contractsklage gegen Titius zustände. Man darf indeß nicht übersehen, daß die dingliche Klage des Pächters nicht sowohl die a. confessoria, eine Folge des Nießbrauchs seines Auctors ist, sondern sich auf das selbständige dingliche Recht, welches das A. L. R. dem Pächter einräumt, gründet; nur insofern es sich um den Erwerb dieses Rechts handelt, wird das Recht, welches der Verpächter an dem Grundstück hatte, von Erheblichkeit sein.

Die Passivlegitimation bestimmt sich nach römischem und preußischem Recht gleichartig. Es ist natürlich derjenige legitimirt, der die Anerkennung des dinglichen Gebrauchsrechts verweigert und dessen Ausübung hindert oder stört. In den meisten Fällen wird der Eigenthümer oder vollständige Besitzer der Sache, an welcher das dingliche Recht constituirt ist, der richtige Verklagte sein. Aber auch jeder Dritte, welcher die Sache aus welchem Grunde immer besitzt oder die Ausübung der Servitut hindert oder stört, kann mit der Klage in Anspruch genommen werden: l. 5 § 1 Dig. 7, 6; l. 4 § 5, l. 10 § 1 D. 8, 5; l. 60 § 1 D. 7, 1. Das preußische Recht enthält keine abweichenden Bestimmungen und aus der Natur der Sache folgt, daß jene auch für uns maßgebend sein müssen.

§ 11. [Prädialservituten.] Wenn gleich das preußische Recht auch Grundgerechtigkeiten zu Gunsten bestimmter Personen, ohne Rücksicht auf den Besitz eines Grundstücks kennt: § 96 Tit. 22 Th. I A. L. R., so verbindet es doch im Allgemeinen mit den in dieser Weise bezeichneten dinglichen Rechten denselben Begriff, den die römischen Juristen für die *Prädial*servituten aufstellten: Servituten an Grundstücken für Grund*stücke* §§ 11, 12 Tit. 22 Th. I A. L. R. Zum Schutz dieser Rechte ist nach römischem und preußischem Recht die vorher erwähnte actio conf. bestimmt, welche aber in diesem Falle, was die Sachlegitimation der Parteien betrifft, einige beachtenswerthe Modifikationen enthält:

Da die Prädialservituten nur zum Vortheil eines Grundstücks bestimmt sind, und auf ein anderes nicht übertragen werden können,[1]) so steht die prozessualische Verfolgung derselben auch nur demjenigen zu, der über das herrschende Grundstück zu verfügen berechtigt ist. Deshalb muß der Kläger zu seiner Legitimation nach römischem Recht nicht nur das Servitutrecht, sondern auch das Eigenthum oder den Usucapionsbesitz an dem berechtigten Grundstück nachweisen: haec autem in rem actio nulli alii, quam domino fundi, competit: servitutem enim nemo vindicare potest, quam is, qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dicit deberi. (Ulpian. l. 2 § 1 Dig. 8, 5.) Andern Personen gewährten die römischen Juristen die Klage nicht als directa, aber mit feinem Sinn und durch geistvolle Combinationen wußten sie es zu rechtfertigen, daß, um dem Bedürfniß des Verkehrs zu genügen, auch Dritten, welche ein Interesse an der Aufrechthaltung der Servitut hatten, die Klage als utilis gegeben wurde: dem Usufructuar (l. 1 pr. Dig. 7, 6), dem Pfandgläubiger (l. 16 D. 8, 1; l. 9 D. 39, 1), dem

---

1) Vergl. Präj. 1362 vom 17. Novbr. 1843: Präj. d. O.-Tr. I S. 109.

Emphyteuta und dem Superficiar (l. 16 D. 8, 1; l. 3 § 3 D. 39, 1). Weiter aber ging das römische Recht nicht und namentlich wurde nicht dem Miether und Pächter die Klage gewährt: wenigstens ein ius in re an dem herrschenden Grundstück wurde zur Activlegitimation erfordert.

Im preußischen Recht gestaltet sich das Verhältniß zum Theil abweichend. Daß der Eigenthümer und der vollständige Besitzer des herrschenden Grundstücks zur Klage berechtigt sind, bedarf keines weiteren Beweises. Außer ihnen erscheint aber auch der unvollständige Besitzer, insofern er Interesse dabei hat, zur Klage activ legitimirt, nur liegt eine natürliche Beschränkung seines Klagrechts darin, daß letzteres nicht weiter reicht, als sich sein Besitzrecht erstreckt. Der Miether einer Wohnung wird also selbstverständlich nicht eine dingliche Klage wegen der dem von ihm bewohnten Gebäude etwa zustehenden Urbanalservituten anstellen können, wohl aber ist der Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter und Erbpächter eines ländlichen Grundstücks befugt, die zu dem letzteren gehörigen Holz-, Wege-, Weide- und andere Gerechtigkeiten auszuüben und wegen Störung im Gebrauch derselben confessorisch zu klagen. Die Servitut bildet in solchen Fällen einen Theil des umfassenden Rechts, welches diesen Personen an dem herrschenden Grundstück eingeräumt ist, und wie sie jenes im Allgemeinen zu schützen befugt sind, so müssen sie auch berechtigt erscheinen, jede Störung einer einzelnen, ihnen zustehenden Befugniß abzuwehren. Die Praxis hat dies auch wiederholt und mit vollem Recht anerkannt. So nahm in einem Falle, in welchem die Klagberechtigung des Erbpächters bestritten wurde, das Ober-Tribunal mit Recht an: „Eine Holzungsgerechtigkeit, welche der Erbverpächter eines Grundstücks dem Erbpächter in des Erbverpächters Walde verschreibt, ist als Grundgerechtigkeit zu betrachten. Der Erbpächter ist daher auch, wenn der Wald an einen Dritten gelangt, sein Recht gegen den Dritten als Grundgerechtigkeit zu verfolgen befugt, keineswegs aber auf einen bloßen Anspruch auf Gewähr an seinen Erbverpächter beschränkt.“ [1]) In ähnlicher Weise hat der höchste Gerichtshof auch dem Pächter eines Grundstücks die actio confessoria wegen einer dem gepachteten Grundstück zustehenden Bauholzgerechtigkeit zugestanden,[2]) und die Casuistik würde auch hier viel reicher sein, wenn es nicht in der Regel im wohlverstandenen Interesse des unvollständigen Besitzers wie des Eigenthümers des herrschenden Grundstücks läge, daß ersterer von seinem Auctor Entschädigung

1) Präj. des O.-Tr. Nr. 1329 vom 1. Sept. 1843 Präj. des O.-Tr. I S. 130.
2) Jurist. Wochenschrift 1841 S. 570—575, 586 fg.

für den ihm entzogenen Gebrauch eines Rechts fordert, letzterer aber selbst die seinem Grundstück zustehende Gerechtigkeit mit der a. conf. verfolge. Jedenfalls ist es eine bedeutende und principiell wichtige Abweichung vom römischen Recht, daß das A. L. R. die a. conf. auch dem unvollständigen Besitzer gestattet. In einzelnen Fällen, wo nach preußischem Recht unvollständiger Besitz stattfindet, gestattete schon das römische Recht eine utilis actio: so dem Nießbraucher und dem Pfandbesitzer, in andern versagte es die dingliche Klage unbedingt: so dem Miether und Pächter. Aber auch in jenen zuerst erwähnten gestatteten die römischen Juristen die dingliche Klage nur aus Nützlichkeitsgründen, während im preußischen Recht die Zulassung jener Personen zur Klage auf juristischer Nothwendigkeit beruht, auf dem Verhältniß derselben zum praedium dominans und zu dem durch die Klage zu schützenden Recht. Denn ihr Klagerecht gründet sich auf den vollständen Besitz des Rechts,[1]) das ihnen an dem herrschenden Grundstück eingeräumt worden

1) Darin, daß zur Begründung der a. conf. nichts erforderlich ist, als der Beweis, daß Kläger vollständiger Besitzer des zu schützenden Rechts ist (und natürlich, daß er in einem gewissen, sein Interesse zur Sache rechtfertigenden Verhältnisse zum herrschenden Grundstück stehe) liegt der Grund, daß die Frage wegen der Activlegitimation des unvollständigen Besitzers hier anders zu entscheiden ist als bei der a. negatoria. Letztere ist eine Klage zum Schutze des Eigenthums und soll, in dem hier vorausgesetzten Falle, eine Beschränkung von dem im unvollständigen Besitz befindlichen Grundstück abwehren. Der Gegenstand des Rechtsstreits ist dabei für den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer qualitativ weit wichtiger als bei der a. conf. und schon dieser Umstand würde es rechtfertigen, daß man dem unvollständigen Besitzer die selbständige Anstellung der neg. versagt, der conf. aber gestattet. Aber der wahre Rechtsgrund für diese Verschiedenheit liegt doch darin, daß grundsätzlich nur der vollständige Besitzer zur Geltendmachung eines dinglichen Rechts befugt ist. Ist dieses Recht die volle rechtliche Herrschaft über eine Sache, so kann nur der Eigenthümer oder der ihm gleichgestellte vollständige Besitzer zur Klage zum Schutz des Rechts befugt sein und die Ausdehnung letzterer auf andere Personen ist eine, durch die Nützlichkeit gerechtfertigte Ausnahme, die aber da nicht anzunehmen ist, wo es das Gesetz nicht ausdrücklich gestattet. Handelt es sich aber um die prozessualische Verfolgung eines andern dinglichen Rechts, so ist jeder legitimirt, der das Eigenthum oder den vollständigen Besitz dieses Rechts nachzuweisen vermag, wie es bei dem unvollständigen Besitzer der Sache nach preußischem Recht der Fall ist. Die Vorschrift des § 10 Tit. 19 Th. I A. L. R. steht der hier ausgesprochenen Ansicht nicht entgegen. Sie findet ihre richtige Erklärung, wenn man sie, wie es hier geschehen ist, auf die Activlegitimation bei der a. negat. und die Passivlegitimation bei der a. conf. bezieht: eine Erklärung, welche dem Wortlaut des Gesetzes nicht widerspricht und aus den entwickelten Gründen wohl gerechtfertigt sein möchte. Vergl. auch noch den Schluß dieses Paragraphen.

ist. In Folge der Besitzübertragung erhält dieses Recht beim Nießbrauch und Pfandrecht wie bei der Miethe und Pacht den dinglichen Charakter und wird durch eine dingliche Klage geschützt; diese aber ist, insofern es sich um den Schutz einer Servitut handelt, die einen Theil jenes Rechts bildet, keine andere als die a. conf., zu welcher also der unvollständige Besitzer des Grundstücks schlechterdings für legitimirt erachtet werden muß.

Die actio conf. ist auf Beseitigung der Störung, Hinwegräumung der Hindernisse der Ausübung der Servitut u. s. w. gerichtet. Daraus folgt, daß der Verklagte nicht nothwendig in einem bestimmten Verhältniß zum fundus serviens stehen muß, da die Störung des Rechts des Klägers auch von andern als dem Eigenthümer des Grundstücks ausgehen kann und die Klage keineswegs voraussetzt, daß mit der Verhinderung der Ausübung der Servitut zugleich ein Bestreiten des Rechts zu derselben verbunden ist. Demgemäß ist die Klage nicht nur gegen den Eigenthümer des fundus serviens, sondern adversus quemvis possessorem: l. 5 § 1 Dig. 7, 6, namentlich gegen den Usufructuar: l. 27 § 4 Dig. 7, 1, überhaupt gegen jeden Besitzer des dienenden Grundstücks ohne Rücksicht auf das ihm daran zustehende Recht: l. 60 § 1 D. eod. und im Allgemeinen gegen jeden zulässig, der die Ausübung der Servitut hindert oder in irgend einer Weise beeinträchtigt: et generaliter, quicumque aquam ducere impediat, hac actione cum eo experiri potero. (Ulpian. l. 10 § 1 D. 8, 5). Der wichtigste Fall der Anwendung der a. conf. wird aber allerdings derjenige sein, wo gegen den Eigenthümer des dienenden Grundstücks auf Anerkennung des dinglichen Rechts und Gestattung der Ausübung desselben geklagt wird.

Auch nach preußischem Recht ist jeder zur Klage passiv legitimirt, welcher dem Kläger die Servitut streitig macht oder die Ausübung derselben hindert oder durch Einrichtungen auf dem dienenden Grundstück erschwert oder vereitelt:[1]) § 31 Tit. 22 Th. I A. L. R., also nicht bloß der Besitzer des dienenden Grundstücks, sondern jeder Dritte, welcher sich einer Störung des Rechts des Klägers schuldig macht. In den meisten Fällen wird die Klage allerdings auf Anerkennung des Rechts und Beseitigung der Hindernisse, welche von dem Besitzer des dienenden Grundstücks veranlaßt worden, gerichtet werden. Dabei entsteht denn wiederum die Frage, ob, außer gegen den Eigenthümer und vollständigen Besitzer des dienenden Grundstücks, auch gegen den unvollständigen Besitzer, also namentlich gegen den Pfandbesitzer, Nießbraucher, Pächter u. s. w.,

---

1) Beispiele in den §§ 116, 173, 175, 283 a. a. O. Vergl. auch Entscheidungen des Ober-Tribunals IX S. 30 und XXXIX S. 169.

confessorisch geklagt werden könne. Insofern die Verletzung der Servitut lediglich durch eine Handlung des Verklagten, ohne Rücksicht auf das Recht desselben an dem belasteten Grundstück, hervorgerufen ist, kann die Frage nicht streitig sein: er wird „aus seinem eigenen Facto," wie es im § 40 Tit. 17 Th. I A. G. O. heißt, in Anspruch genommen und kann sich deshalb mit der Nomination des Eigenthümers oder vollständigen Besitzers des dienenden Grundstücks nicht schützen. Wird er dagegen eben als Besitzer des dienenden Grundstücks und nur in dieser Eigenschaft in Anspruch genommen, so kann und muß er den wahren Gegner des Klägers namhaft machen. Er kann es, weil jedem Verklagten freisteht, den Einwand der mangelnden Passivlegitimation geltend zu machen, und der Kläger verpflichtet ist, sich die Verweisung an den richtigen Verklagten gefallen zu lassen; er muß es aber auch, weil er sich sonst dem Kläger wie dem Eigenthümer gegenüber wegen der Kosten und des Interesses verantwortlich machen würde: § 35 Tit. 17 Th. I A. G. O. Aber es frägt sich nun, ob nicht der Kläger, wenn er Interesse daran hat, daß der Prozeß mit dem unvollständigen Besitzer zu Ende geführt werde, der exc. def. leg. ad c. pass. d. h. eben der Nomination die Replik entgegensetzen könne, daß der Verklagte dennoch, weil er eben unvollständiger Besitzer sei, für verpflichtet erachtet werden müsse, sich auf den Prozeß einzulassen. Diese Frage ist zu verneinen, nicht nur weil der § 34 a. a. O. demjenigen, der als Besitzer einer unbeweglichen oder beweglichen Sache in Anspruch genommen wird, ganz allgemein die Befugniß zur Nomination ertheilt, sondern weil überhaupt der unvollständige Besitzer, den oben erwähnten Fall natürlich ausgenommen, zur a. conf. nicht passiv legitimirt ist. Faßt man zunächst das Wesen der Klage ins Auge, so findet sich, daß die Stellung des Verklagten bei der a. conf. grade die ist, wie die des Klägers bei der a. negatoria. Wenn hier Eigenthum oder vollständiger Besitz in der Person des Klägers vorausgesetzt wird, so dort in der Person des Verklagten. Auch der Gegenstand und der Erfolg des Prozesses ist in beiden Fällen gleichartig. Fällt im Negatorienprozeß das Urtel zu Gunsten des Klägers oder im Confessorienprozeß zu Gunsten des Verklagten aus, so ist hiernach unter den Parteien für festgestellt zu erachten, daß dem Prätendenten das dingliche Recht auf das Grundstück des Klägers oder Verklagten nicht zustehe. Erstreitet aber im Negatorienprozeß der Verklagte oder im Confessorienprozeß der Kläger ein obsiegliches Urtel, so steht fest, daß dem Prätendenten allerdings ein dingliches Recht auf das Grundstück des Klägers im ersteren, auf das des Verklagten im letzteren Falle zustehe. Nimmt man nun den einfachen Fall an, daß

das Grundstück, auf welches ein dingliches Recht geltend gemacht wird im unvollständigen Besitz eines Dritten sich befinde, so wird der Eigenthümer des Grundstücks durch einen mit dem unvollständigen Besitzer geführten confessorischen Rechtsstreit offenbar ebenso gefährdet, als wenn der unvollständige Besitzer negatorisch geklagt hätte. Denn in dem zuerst gedachten Falle muß, fällt der Prozeß zu Ungunsten des Verklagten aus, dahin erkannt werden, daß der Verklagte schuldig, das vom Kläger behauptete dingliche Recht anzuerkennen, und im letzteren, daß der Kläger mit dem Antrage, den Verklagten zur Ausübung dieses oder jenes dinglichen Rechts nicht für befugt zu erachten, abzuweisen, woraus dann folgt, daß der Verklagte nach wie vor das prätendirte dingliche Recht ausüben darf: in beiden Fällen also betrifft der Rechtsstreit ein, auf dem im unvollständigen Besitz stehenden Gute lastendes dingliches Recht. Denken wir uns dagegen den umgekehrten Fall, daß der Negatorienprozeß, der mit dem unvollständigen Besitzer allein ausgeführt werden kann, zum Nachtheil des Verklagten, oder der Confessorienprozeß, den der unvollständige Besitzer allein führen darf, zu Ungunsten des Klägers ausfällt, so ist die Folge nur die, daß die Ausübung eines dinglichen Rechts auf eine fremde Sache dem Unterliegenden für nicht zustehend erachtet wird; von der Belastung des im unvollständigen Besitz stehenden Grundstücks ist also in beiden Fällen nicht die Rede. Auf Grund der Gleichartigkeit des Erfolges und der Bedeutung beider Klagen in den correspondirenden Fällen werden wir schon annehmen können, daß wie beim Negatorienprozeß der unvollständige Besitzer passiv, so beim Confessorienprozeß activ für legitimirt zu erachten, und daß umgekehrt der unvollständige Besitzer ebensowenig zur Anstellung der a. neg. activ, als zur a. conf. passiv legitimirt erscheint. Damit stimmen denn auch die Vorschriften unserer Gesetzbücher überein. Von entscheidendem Gewicht ist hier zunächst die mehrfach hervorgehobene Bestimmung § 10 Tit. 19 Th. I A. L. R.: „Ein Rechtsstreit, durch welchen die Richtigkeit eines dinglichen Rechts auf die Substanz einer fremden Sache ausgemittelt werden soll, kann nur mit dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer derselben gültig verhandelt werden." Ueber die Ausdehnung dieser Vorschrift auf alle diejenigen Fälle, wo es sich um die Ausübung resp. Feststellung eines dinglichen Rechts an einem Grundstücke handelt, ist schon oben gesprochen worden. Daß sich die Bestimmung direct auf die actio conf. bezieht und den Fall voraussetzt, daß das Grundstück, überhaupt die Sache, auf welche das dingliche Recht behauptet wird, sich im unvollständigen Besitz eines Dritten befindet, kann füglich nicht bezweifelt

werden. Kann aber ein Confessorienprozeß nicht gültig mit dem unvollständigen Besitzer verhandelt werden, so heißt dies eben nur: der letztere ist passiv zum Prozesse nicht legitimirt und daher zur exceptio def. leg. ad c. pass. berechtigt. Nach dieser Regel werden alle Fälle zu beurtheilen sein, wo die confessorische Klage dennoch gegen den unvollständigen Besitzer gerichtet wird, und nur wo das Gesetz ausdrücklich eine Ausnahme zuläßt, wird davon abgewichen werden können. Solche Ausnahmen finden sich aber nur bei dem Nießbrauch und der jetzt aufgehobenen Erbpacht. Denn der § 82 Tit. 21 Th. I A. L. R. bestimmt: „Auf Prozesse, welche die Substanz der Sache, deren Pertinenzstücke und Gerechtigkeiten betreffen, ist dennoch der Nießbraucher sich einzulassen und die Kosten vorzuschießen verbunden," und dieselben Vorschriften finden nach § 226 das. bei der Erbpacht Anwendung. Daraus folgt, daß die a. conf. gegen den Nießbraucher und Erbpächter mit voller Wirkung angestellt werden kann. Sie sind dem Kläger gegenüber nicht berechtigt, den Einwand der mangelnden Passivlegitimation zu erheben, sie sind dazu ihm gegenüber aber auch nicht verpflichtet, d. h. der Kläger kann, wenn sich später herausstellt, daß der Prozeß mit dem Nießbraucher für ihn nicht den gewünschten Erfolg hatte, wegen der nicht erfolgten Nomination des Eigenthümers oder vollständigen Besitzers keinen Anspruch gegen den Nießbraucher erheben. Es wird daher immer dem Confessorienkläger zu rathen sein, die Klage gegen den Eigenthümer und Nießbraucher gemeinschaftlich zu richten, da der Prozeß mit dem Nießbraucher allein dem Eigenthümer nicht präjudicirlich sein kann: § 83 Tit. 21 Th. I A. L. R. Der Grund aber, daß bei dem Nießbraucher und Erbpächter eine Abweichung von der obigen Regel stattfindet, liegt in dem Umfang der Rechte, welche beiden an dem Grundstück eingeräumt sind — ersterer steht nach § 23 a. a. O. in der Regel dem nutzbaren Eigenthümer gleich; — sie sind von allen Einschränkungen frei, aber dem entsprechend auch weiter belastet als andere unvollständige Besitzer, von deren „eingeschränkten" Gebrauchs- und Nutzungsrechten das Landrecht in richtiger systematischer Anordnung im 3. Abschnitt des 21. Titels handelt. Daß auch gegen den Lehns- und Fideicommißbesitzer, sowie gegen den Erbzinsmann ohne Zuziehung des Obereigenthümers confessorisch geklagt werden kann, ist keine Ausnahme von der Regel, da das Gesetz ihnen Eigenthum an dem dienenden Grundstück zuschreibt.

§ 12. [Pfandrecht.] Die wesentliche Verschiedenheit der preußischen Pfandrechtstheorie von der des römischen Rechts äußert natürlich auch auf die Pfandrechtsklagen den entschiedensten Einfluß. Nach

römischem Recht begründet die bloße Uebereinkunft, unter Voraussetzung der sonstigen Erfordernisse, ein Pfandrecht; das dingliche Recht entsteht also ohne den Besitz der verpfändeten Sache durch formlose Erklärung und zwar an Mobilien wie an Immobilien. Der Unterschied zwischen Faustpfand und Pfandrecht ohne Besitz — pignus und hypotheca — hat zum Theil auch auf den Schutz des Rechts durch Klagen Einfluß, indem für das pignus die gewöhnlichen Interdicte retin. und recup. possessionis galten, für die hypotheca aber das interdictum Salvianum eingeführt wurde. Als dingliche Klage aber zum Schutz aller Arten des Pfandrechts dient die a. hypothecaria, die hier allein von Interesse ist.

Das preußische Recht kennt auch ein Pfandrecht mit und ohne Besitz, hat aber das letztere in bekannter Weise vollständig umgestaltet. Ist das Pfandrecht gültig bestellt, so wird dasselbe ebenfalls durch eine dingliche Klage geschützt, die sich von der a. hypoth. des gemeinen Rechts so wesentlich unterscheidet, daß es gerechtfertigt erscheint, darüber abgesondert von der a. hyp. zu handeln.

§ 13. [Die actio hypothecaria.] Wir setzen zunächst voraus, daß eine körperliche, bewegliche oder unbewegliche Sache verpfändet wurde. Ist vom Faustpfande die Rede und der Gläubiger im Besitz, so kann er zur gehörigen Zeit das ius distrahendi ausüben; ist er nicht im Besitz oder hat er überhaupt nur ein Pfandrecht ohne Besitz, so kann die distractio pignoris nicht stattfinden, bevor der Creditor den Besitz nicht erlangt hat. Um sich denselben zu verschaffen, stellt er die vindicatio pignoris an: das ist der wahre Zweck der a. hypoth.[1]) Activ legitimirt ist nur der Gläubiger und er muß beweisen, daß ihm das Pfandrecht gehörig bestellt warden, also, außer den sonstigen Erfordernissen des Pfandrechts, auch das Factum der Verpfändung und daß die Sache in bonis des Verpfänders war, wie das sowohl in der uns erhaltenen Formel für die actio Serviana[2]) als im neueren Recht wiederholt anerkannt wird: l. 23 D. de prob. (22, 3). Andere Personen können zur Klage nicht zugelassen werden und dies ist eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß das Pfandrecht vermöge seiner

1) Vindicatio und persecutio pignoris, — pigneratitia in rem actio, — Serviana, Quasi-Serviana, Serviana utilis, — a. hypothecaria: sind Bezeichnungen für dieselbe Klage, die sich zum Theil aus der Entstehung und aus der immer weiteren Ausdehnung derselben auf analoge Fälle erklären: Glück XVIII S. 309 fg., Puchta: Pand. § 215, Sintenis § 49.

2) Keller: Der römische Civilprozeß und die Actionen (Leipzig, 1850) S. 136; Vangerow I § 389.

accessorischen Natur von der Forderung, für die es bestellt ist, nicht getrennt werden kann. Es ist daher auch keine Ausnahme, daß bei dem *subpignus* der Afterpfandgläubiger die a. hypth. seines Verpfänders als utilis gebrauchen kann (l. 13 § 2 D. 20, 1; l. 1 Cod. 8, 24), denn er übt nur das Pfandrecht des ersteren Gläubigers aus und die Afterverpfändung enthält zugleich ein pignus nominis.[1]) Sind Rechte verpfändet, so gestaltet sich die a. hypth. als eine utilis actio aus dem verpfändeten Rechte.[2]) Der wichtigste Fall ist wohl der des pignus nominis, wo dem Pfandgläubiger die a. in personam seines Schuldners als utilis zusteht; wenn also dem Gläubiger ein Pfandrecht an der Forderung des Vermiethers aus dem Miethvertrage eingeräumt ist, so besteht die Geltendmachung des Pfandrechts in einer Klage gegen den Miether: l. 20 D. 20, 1. Zur Activlegitimation muß Kläger denselben Beweis führen, wie bei der Verpfändung körperlicher Sachen. Uebrigens ist hervorzuheben, daß es für die Frage, wer activ legitimirt ist, unerheblich erscheint, ob Kläger der potior in pignore sei oder nicht. Erst wenn der Verklagte auch ein Pfandrecht an der Sache behauptet, muß Kläger sein besseres Recht nachweisen, während dem unberechtigten Besitzer gegenüber der Beweis des Pfandrechts überhaupt genügt. Passiv legitimirt ist, wie sich schon aus dem Zwecke der Klage ergiebt, wenn das Pfandrecht eine res corporalis ist, nur der Besitzer derselben: l. 16 § 3 D. 20, 1. Mithin ist der Schuldner und dessen Erbe, aber auch jeder dritte Besitzer passiv legitimirt; aus welchem Titel letzterer besitzt, ist unerheblich, weil das dominium rei nur cum sua causa übertragen werden konnte: l. 12 Cod. de distr. pign. (8, 28); laudatio auctoris ist auch hier zulässig.[3]) Auch derjenige, der auf Grund eines ihm an derselben Sache bestellten Pfandrechts besitzt, ist passiv legitimirt; aber wenn er sein Pfandrecht beweist und Kläger nicht ein ius potius zu behaupten vermag, muß die Klage zurückgewiesen werden: l. 12 pr., l. 14 Dig. Qui potiores (20, 4). Endlich ist auch gegen den fictus poss. die Klage zulässig und der Gläubiger ist hier berechtigt, sein Interesse durch iuram. in litem festzustellen: l. 16 § 3 Dig. 20, 1. Ist dagegen ein Recht verpfändet worden, so muß die Klage gegen denjenigen gerichtet werden, der aus dem ursprünglichen dinglichen oder persönlichen Verhältniß verpflichtet ist. Beim subpignus an einer körperlichen Sache

---

1) Streitig. Vergl. Vangerow I § 368 Anm. 2, Puchta § 208 Note g., Sintenis § 70c.

2) Ueber die Verpfändung von Rechten: Vangerow I § 367, Puchta § 195 und 208, Sintenis § 70, Holzschuher II S. 417 fg.

3) Sintenis § 79 Note 10.

wird also der Afterpfandgläubiger die a. hypth. des ersten Gläubigers als utilis ganz so gebrauchen können, wie dieser, also gegen jeden Besitzer. Bei dem pignus nominis dagegen wird der Pfandgläubiger gegen den Schuldner des Pfandbestellers klagen müssen, wie in dem oben erwähnten Falle gegen die Miether des dem Schuldner gehörigen Grundstücks. Die Einreden des Verklagten, welche das Klagrecht des Gläubigers so wesentlich modificiren, können hier nicht berücksichtigt werden.

§ 14. [Die Pfandrechtsklage im preußischen Recht.] Das Landrecht unterscheidet auch beim Pfandrecht Titel und Erwerbsart.[1]) Der Titel allein gewährt kein dingliches Recht; es muß Uebergabe oder Eintragung hinzukommen: §§ 1 bis 8 Tit. 20 Th. I A. L. R. So lange weder das eine noch das andere erfolgt ist, hat der Gläubiger nur eine persönliche Klage gegen den Schuldner, kann aber sein Recht auf Sachen, die rechtsgültiger Weise aus dem Vermögen des Schuldners herausgegangen sind, gegen einen dritten Besitzer nicht verfolgen: §§ 9 und 10 a. a. O. Dagegen hat er eine dingliche Klage, sobald das Pfand ihm übergeben wurde oder die Eintragung des Pfandrechts im Hypothekenbuche erfolgt ist: §§ 118 und 492 das. Je nach der Beschaffenheit der Erwerbsart spricht das Gesetz von einem Pfandrecht im engern Sinne und vom Hypothekenrecht: eine Unterscheidung, die auch für die Pfandrechtsklage von Bedeutung ist.[2])

Das Pfandrecht im engern Sinne entsteht durch die Uebergabe einer beweglichen oder unbeweglichen Sache[3]) an den Pfandgläubiger, nur daß beim Faustpfande an Immobilien noch besondere Formen zu beobachten sind: §§ 99 fg. a. a. O. Ist die Sache übergeben worden, so steht dem Pfandgläubiger eine dingliche Klage gegen jeden Dritten zu, die so lange dauert, als er den Besitz nicht freiwillig aufgegeben hat: §§ 105, 118, 253 a. a. O. Die Klage hat den Zweck, dem Gläubiger den Besitz des Pfandes wieder zu verschaffen, um seiner Zeit unter der gehörigen Form Veräußerung desselben durch den Richter und seine Befriedigung aus dem Erlöse nachsuchen zu können.[4]) Activ legitimirt ist zu dieser Klage nur der nicht besitzende Pfandgläubiger. Der Kläger muß nachweisen, daß ihm das Pfandrecht gehörig bestellt

---

1) Zu vergl. Koch I §§ 367, 368, Bornemann VI S. 169 fg.

2) Ueber diese Klage vergl. Koch § 375, Förster § 97.

3) §§ 71, 104, 113, 115 Tit. 20 Th. I A. L. R., Koch § 378, Bornemann VI S. 198 fg.

4) Koch § 372, Bornemann VI S. 188. Daß der Antrag verschieden gestellt werden muß, je nachdem gegen den Schuldner oder einen Dritten, und je nachdem vor oder erst zur Verfallzeit geklagt wird, ist schon von Koch I § 375, Förster S. 321—322 hervorgehoben worden.

worden, also natürlich auch die erfolgte Uebergabe des Pfandes und daß die Hauptverbindlichkeit noch nicht getilgt worden, ebenso, wo es darauf ankömmt, daß der Pfandbesteller berechtigt gewesen sei, über die Sache zu disponiren oder daß später Umstände eingetreten seien, welche die ursprünglich ungültige Pfandbestellung reconvalesciren ließen. Das Gesetz bezeichnet diese Klage (Marg. zu § 118) als „Vindication" und spricht von einem Rückfordern des Pfandes. Diese Bezeichnung ist zutreffend und in der That folgt die Klage auch überall, namentlich in Beziehung auf die Passivlegitimation den Regeln von der Vindication. Passiv legitimirt ist also jeder Besitzer des Pfandes: § 53 a. a. O. Auf den Titel, aus dem er besitzt, selbst auf die Redlichkeit des Besitzes kömmt es dabei nicht an; denn auch der redliche Besitzer muß sich die Klage gefallen lassen, nur ist letztere in den Fällen ausgeschlossen, wo auch die Vindication nicht stattfindet, und auch darin steht die Pfandrechtsklage der letzteren gleich, daß der redliche Besitzer entschädigt werden muß: § 119 Tit. 20, §§ 24 fg. Tit. 15 Th. I A. L. R. Auch gegen den unvollständigen Besitzer kann die Klage gerichtet werden, doch ist derselbe zur Nomination berechtigt und verpflichtet; der nutzbare Eigenthümer ist — es wird immer vorausgesetzt, daß die Sache selbst, nicht der Fruchtgenuß verpfändet ist — passiv zur Pfandrechtsklage ebenso legitimirt wie bei der Eigenthumsklage. Uebrigens steht das preußische Recht dem römischen darin gleich, daß an sich auch ein Pfandgläubiger, wenn er sich im Besitz befindet, passiv zur Klage legitimirt ist, aber es wird natürlich auch nach preußischem Recht die Abweisung des Klägers erfolgen müssen, wenn sich das Recht des Besitzers als stärkeres erweist.

Zu dem Pfandrecht im engeren Sinne gehören auch die Fälle, wo das Gesetz eine symbolische Verpfändung zuläßt,[1]) weil bei diesen eine Uebertragung des Besitzes auf den Pfandgläubiger vorausgesetzt wird; nur die Gewahrsam der verpfändeten Sachen hat der Gläubiger nicht: §§ 271, 273 Tit. 20 Th. I A. L. R. Ohne auf diese Fälle näher einzugehen, braucht nur bemerkt zu werden, daß auch das in solcher Weise constituirte Pfandrecht durch eine dingliche Klage geschützt wird. Zu seiner Activlegitimation muß Kläger dabei nachweisen, daß ihm das Pfandrecht in der vom Gesetz vorgeschriebenen Weise wirksam bestellt worden; fehlt es an einer der zur Wirksamkeit vorgeschriebenen Maßregeln, so kann der Gläubiger von der dinglichen Klage keinen Gebrauch machen: §§ 275, 307, 371, 372 u. a. m. das. So weit das Gesetz

1) Vergl. Koch §§ 381—386, Bornemann VI, 202.

eine weitere Verpfändung gestattet, z. B. bei Frachtschiffen: § 308 a. a. O., ist auch der zweite Pfandgläubiger zur Anstellung der Klage berechtigt. Letztere ist übrigens immer darauf gerichtet, dem Gläubiger den Besitz der verpfändeten Sache oder die Möglichkeit, über dieselbe nach Maßgabe seines Pfandrechts zu disponiren, wieder zu verschaffen. Es wird also die Herausgabe der symbolischen Zeichen der Verpfändung beantragt werden müssen und als passiv legitimirt erscheint mithin derjenige, welcher dieselben hinter sich hat und die Herausgabe (der Schlüssel, des Meßbriefs u. s. w.) verweigert. Die Realisirung des Pfandrechts erfolgt auch hier durch den Richter nach erfolgter Klage gegen den Hauptschuldner im Wege der executivischen Wegnahme des Pfandes und der öffentlichen Versteigerung desselben.

Ein Pfandrecht ohne Besitz kennt das preußische Recht nur bei Grundstücken und solchen Gerechtigkeiten, welche die Gesetze den unbeweglichen Sachen gleich stellen: § 390 Tit. 20 Th. I A. L. R. Der modus acq. ist die Eintragung des Pfandrechts in die Hypothekenbücher; deshalb findet die Hypothek nach § 391 das. nur bei Grundstücken und Gerechtigkeiten statt, die in den öffentlichen Hypothekenbüchern eingetragen sind, jedoch kann unter Umständen das dingliche Recht auch an solchen Grundstücken erlangt werden, wo die Einrichtung der Hypothekenbücher noch nicht hat vollendet werden können: Verordn. vom 16. Juni 1820 (G. S. S. 106), Decl. vom 28. Juli 1838 (G. S. S. 428). Die Klage aus dem Pfandrecht ohne Besitz hat im Wesentlichen dieselben Erfordernisse wie diejenige des Pfandgläubigers im Allgemeinen, doch aber das Besondere, daß sie nicht auf Einräumung des Besitzes, sondern auf sofortige Realisirung des Pfandrechts durch Sequestration und Subhastation geht. Activ legitimirt ist derjenige, welcher sich auf eine gültig erfolgte Eintragung berufen kann: § 436 d. T. Was zu einer solchen erforderlich ist, bedarf hier keiner Erörterung. Hervorzuheben ist, daß Kläger zu seiner Legitimation, wenn es bestritten wird, nachweisen muß, daß der Schuldner berechtigt war, ihm die Hypothek an dem belasteten Grundstück einzuräumen: §§ 404 fg. Tit. 20. Außer dem ursprünglich eingetragenen Gläubiger sind auch der Cessionar und der Afterpfandgläubiger zur Klage berechtigt; zu ihrer Legitimation ist nach §§ 513, 516 a. a. O. die Eintragung der Cession u. s. w. im Hypothekenbuche nicht wesentlich erforderlich wenn auch sonst die Verabsäumung dieser Form nachtheilige Folgen haben kann. Passiv legitimirt ist jeder dritte Besitzer des verpfändeten Grundstücks: § 492, ohne Rücksicht darauf, ob derselbe zugleich persönlicher Schuldner des Gläubigers ist oder nicht: §§ 494, 495 und ohne Rücksicht auf die

Redlichkeit oder Unredlichkeit desselben: § 493. Der Regel nach wird derjenige, welcher im Hypothekenbuche als Eigenthümer eingetragen ist, der richtige Verklagte sein; aber wenn auch der Besitztitel für den Hypothekenschuldner noch nicht berichtigt ist, ja wenn das Hypothekenbuch überhaupt nicht regulirt ist, findet die Klage gegen den Schuldner statt und es kann die Subhastation unter den vorgeschriebenen Modalitäten erfolgen: § 7 Verordn. II vom 4. März 1834. Gegen den unvollständigen Besitzer kann die Klage ihrem Zwecke nach nicht angestellt werden, was auch schon daraus folgt, daß es sich um ein Recht auf die Substanz der Sache handelt. Befindet sich das Grundstück im getheilten Eigenthum und ist dem Gläubiger die Substanz des Gutes gültig verpfändet: §§ 104 und 114 Tit. 4 Th. II, §§ 241, 242 und 332 Tit. 18 Th. I A. L. R., so kann derselbe die Pfandrechtsklage unbedingt auf den Verkauf des Gutes richten: § 110 Tit. 4 Th. II und §§ 331 fg. Tit. 18 Th. I A. L.-R. Als passiv legitimirt erscheinen dabei bei dem Lehn der Lehnsherr und der Vasall: § 258 a. a. O.; bei den Fideicommissen wird der Antrag gegen den Besitzer zu richten sein, dieser aber ist *verpflichtet*, die nächsten Anwärter zuzuziehen, deren Einwilligung auch *genügt*, wenn es sich um Wiederanlegung der nach Abzug der Kosten übrig gebliebenen Kaufgelder eines subhastirten Fideicommißgutes zu Fideicommiß handelt: §§ 117, 118 und 111 Tit. 4 Th. II A. L. R. § 15 Nr. 5 Gesetz vom 15. Februar 1840 (G. S. S. 20).

Es ist endlich auch noch der dinglichen Klage bei der Verpfändung von Rechten zu gedenken.[1]) Dingliche Rechte sowohl (§§ 74, 75 d. T.) als Forderungsrechte können Gegenstand des Pfandrechts sein. Dabei ist besonders das pignus pignoris und pignus nominis von Wichtigkeit. Was das erstere anbetrifft, so wird die Klage des Afterpfandgläubigers sich verschieden gestalten, je nachdem es sich um die weitere Verpfändung einer beweglichen (§§ 127—135 a. a. O.) oder einer unbeweglichen Sache (§§ 136—138 das.) oder der Hypothek (§§ 511 fg.) handelt; rücksichtlich der Sachlegitimation bieten sich indeß hierbei keine Besondernheiten dar, so daß es eines weitern Eingehens auf diese Klagen nicht bedarf. Rücksichtlich des p. nominis dagegen, §§ 281—298 a. a. O., ist hervorzuheben, daß nach preußischem Recht dem Pfandgläubiger nicht wie im römischen Recht eine actio utilis gegen den Schuldner des Verpfänders zusteht, daß derselbe vielmehr nur befugt ist, sich die verpfändete Forderung im Wege der Execution überweisen zu lassen (§ 289 Tit. 20, Präj. 1278 vom 4. März 1843: Präj. des

1) Koch a. a. O. I § 365 S. 634, 635.

O.-Tr. I, 109), worauf dann in Gemäßheit der Gesetze vom 4. Juli 1822 und 20. März 1854 § 17 und 18 weiter verfahren werden muß.

§ 15. [Reallasten. — Zwangs- und Bannrechte. — Vorkaufs- und Näherrecht. — Rückblick.] Es sind lediglich Gründe der Zweckmäßigkeit, welche Veranlassung gaben, die Richtigkeit der im 1. Abschnitt aufgestellten Regel über die Sachlegitimation der Parteien grade an solchen Instituten nachzuweisen, welche dem römischen und preußischen Recht gemeinsam sind. Wäre für diese Arbeit mit Rücksicht auf den ihr zugemessenen Raum nicht eine gewisse Einschränkung geboten, so würde sich die Regel ebenso bei allen Klagen aus dinglichen Rechten, die dem germanischen Recht eigenthümlich sind und sich bis auf unsere Tage erhalten haben, so wie bei denen, die sich nur im preußischen Recht finden, nachweisen lassen. Hier würde zunächst der Reallasten zu gedenken sein. Der rechtliche Charakter derselben ist nach preußischem Recht ebenso streitig als nach gemeinem, doch scheint im preußischen Rechte diejenige Auffassung anerkannt zu sein, welche dieselben als dingliche Rechte auf ein Grundstück ansieht, die das Eigenthum an demselben einschränken, den Besitzer zu einem Handeln, Thun oder Lassen verpflichten, und daher theils den Fruchtgenuß, theils das Freiheitsverhältniß gegenüber dem Berechtigten belasten.[1]) Nach dieser Mei-

1) Die älteren Ansichten über die Natur der Reallasten sind zusammengestellt und gewürdigt von Duncker: Die Lehre von den Reallasten in ihren Grundzügen (Marburg, 1837) S. 2—12 (vergl. auch Hillebrand: Privatrecht § 146 Not. 6), die neueren von Häberlin: Ueber die rechtliche Natur der Reallasten (Zeitschrift für deutsches Recht XVIII, S. 131 fg.). Nach Häberlins Ansicht ist das der Reallast gegenüberstehende Recht ein deutschrechtlich-dingliches und die Klage auf Anerkennung des Rechts als Ganzen eine dingliche, dagegen die Klage wegen der einzelnen verfallenen oder rückständigen Leistungen eine persönliche. In ähnlicher Weise unterscheidet von Meibom: Ueber Realschulden und Reallasten (Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts von Becker und Muther, Bd. IV Heft 3 S. 499 fg.) die Klagen, während Reyscher (Zeitschrift für deutsches Recht Bd. XVIII S. 171 fg.) auch die Klage wegen der einzelnen Leistungen als dingliche angesehen wissen will. Nach der neuerdings von Gerber (Privatrecht § 167, 168 und namentlich dessen Abhandlung: Zur Theorie der Reallasten, in seinen und Ihering's Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts II S. 35 fg.) und Friedlieb (Ergänzende Erörterungen zur Theorie der Reallasten. Ebendas. III S. 299 fg.) mit vielem Eifer vertheidigten Ansicht, „daß die Reallasten ihrem juristischen Charakter nach in die Kategorie der Obligationen gehören," kann selbstverständlich von einer dem Berechtigten zustehenden dinglichen Klage nicht mehr die Rede sein. Will man dann noch die Klage auf Anerkennung des Rechts und die Klage wegen der einzelnen Leistungen unterscheiden, so muß man erstere, wie dies auch von Friedlieb a. a. O.

nung steht dann demjenigen, welcher das Realrecht für sich in Anspruch nimmt, eintretenden Falls, die actio confessoria, — dem Eigenthümer des belasteten Grundstücks die a. negatoria zu, und es gelten in Bezug auf die Activ- und Passivlegitimation die Regeln, welche oben in Bezug auf beide Klagen rücksichtlich der römischrechtlichen Servituten aufgestellt worden sind. Was zunächst die confessorische Klage anbetrifft, so findet dieselbe nur statt, wenn das Recht überhaupt Gegenstand der Rechtsverfolgung ist: allein oder zugleich mit der einzelnen fälligen Leistung. Wer im einzelnen Falle activ legitimirt ist, läßt sich bei der Mannigfaltigkeit der Reallasten, der Verschiedenheit ihres historischen Ursprungs und den Modificationen, welche das öffentliche Recht auf diese privatrechtlichen Verhältnisse ausübt, auch nicht im Entferntesten bestimmen. Man darf nur erwägen, welche Verschiedenheit z. B. zwischen der Deich- und Siellast, den Diensten und Frohnen, den Zinsen und Zehnten in dieser Beziehung besteht, um die Richtigkeit dieser Annahme einzuräumen. Aber das ist doch keine Frage, daß der Kläger in allen Fällen nachweisen muß, daß grade ihm das beanspruchte Recht wirklich zustehe. In vielen Fällen wird auch die Ausübung des Klagrechts durch einen andern als den wirklich Berechtigten gar nicht denkbar sein z. B. eben bei der Deichlast, in andern aber z. B. bei Diensten, Zehnten u. s. w. wird der unvollständige Besitzer des berechtigten Grundstücks, der Verwalter des Amtes, für welches das Realrecht constituirt ist, ebenso zur Klage legitimirt sein, wie bei Grundgerechtigkeiten. Zur Passivlegitimation ist der Nachweis erforderlich, daß der Verklagte die Anerkennung des Rechts verweigere oder dasselbe factisch verletze. Wird aber nicht das Recht selbst bestritten, sondern eine einzelne Leistung verweigert, so kann sich die Klage verschieden gestalten; bald wird es eine persönliche Klage gegen denjenigen sein, der die Reallast ursprünglich übernommen hat, — bald eine dingliche, z. B. gegen jeden Besitzer auf die während seiner Besitzzeit fälligen Leistungen, zu welchen er durch den Erwerb des Grundstücks verpflichtet ist, — bald endlich die hypothekarische Klage, wenn das Realrecht im Grundbuche eingetragen ist: — je nach der Begründung der Klage ist dann auch die Frage wegen der Activ- und Passivlegitimation der Parteien zu bestimmen. Zum Schutz gegen die Anmaßung eines Realrechts ist, wie bemerkt, die a. neg.

S. 316 geschehen ist, als eine Präjudicialklage, letztere als eine rein persönliche bezeichnen. Für das preußische Recht zu vergl. Koch I § 352 und Förster § 45 S. 314, der auch die vom Ober-Tribunal über die Natur der Reallasten ausgesprochenen Meinungen zusammenstellt.

bestimmt, welche dem Besitzer des Grundstücks gegen denjenigen zusteht, der eine Einschränkung des letzteren behauptet oder ausübt. In Bezug auf diese Klage, wie auf die a. conf., ist ein Umstand hervorzuheben, auf welchen auch schon andere aufmerksam gemacht haben, — daß nämlich bei den Reallasten der römische Grundsatz: nemini res sua servit, nicht geltend ist.[1]) Die a. conf. wegen einer Grundgerechtigkeit im römischen Sinne kann niemals der Eigenthümer der dienenden Sache anstellen, so daß es also undenkbar ist, daß derjenige, dem das dom. directum zusteht, eine Servitut an dem Grundstück geltend machen kann, an dem er die Proprietät besitzt. Das ist bei den Reallasten anders und so kann z. B. nach gemeinem deutschem und preußischem Recht der Obereigenthümer eines zinspflichtigen Grundstücks sehr wohl confessorisch auf Anerkennung der Verpflichtung gegen den nutzbaren Eigenthümer klagen, und umgekehrt ist letzterer berechtigt, negatorisch gegen den Obereigenthümer zu klagen, wenn er zwar das getheilte Eigenthum anerkennt, aber eine Befreiung von der Zinsverbindlichkeit in Anspruch nimmt. Es ist dies eine erhebliche Abweichung von der oben für die a. neg. aufgestellten Regel über die Activlegitimation, die sich aus dem Charakter der Reallasten, als einer Einschränkung des jedesmaligen Besitzers eines Grundstücks, nicht des Grundstücks selbst, erklärt. Eine eben solche Abweichung findet sich rücksichtlich der Passivlegitimation bei der a. conf. Es kann nämlich, da die Leistung aus dem Gute präſtirt werden muß, auch der unvollständige Besitzer, z. B. der Pächter, gültig verklagt werden, und die Verletzung, welche hier die Passivlegitimation bestimmt, besteht eben darin, daß er die Erfüllung der ihm durch die Uebernahme des Grundstücks auferlegten Verbindlichkeiten verweigert.

Wie mit den Reallasten verhält es sich auch mit selbständigen oder mit dem Besitz eines Grundstücks verbundenen Gerechtigkeiten, mit den Zwangs- und Bannrechten, so weit sie noch bestehen und überall den Charakter dinglicher Rechte haben. Ueber den Charakter der daraus entspringenden Klagen läßt sich im Allgemeinen nichts bestimmen, — bei den Zwangs- und Bannrechten wird derselbe häufig der einer negatorischen und confessorischen Klage sein, aber auch die Vindication des Rechts z. B. gegen einen Dritten, der sich ein ausschließliches Recht in einem Bezirke anmaßt, für den Kläger allein berechtigt zu sein behauptet, ist denkbar, — und es kann also auch rücksichtlich der Legitimation bei diesen Klagen nur die Geltung der Grundregel behauptet werden, bei deren Anwendung der Richter selbstverständlich die Modificationen wird berücksichtigen

---

1) Koch a. a. O. I § 352 S. 609.

müssen, welche sich aus der unendlichen Verschiedenheit solcher Rechte mit Nothwendigkeit ergeben.

Dieselbe Grundregel ist ferner auch für das **Vorkaufs-** und **Näherrecht** maßgebend. Nach römischem Recht ist das Vorkaufsrecht nicht dinglich, wohl aber ist es der deutsche Retract. Eigenthümlich ist die Gestaltung im preußischen Recht, indem das gesetzliche Vorkaufsrecht immer den Charakter eines dinglichen Rechts hat, das vertragsmäßig oder durch Testament bestimmte aber durch die Eintragung im Grundbuche dinglich werden kann, also jeden dritten Besitzer verpflichtet: §§ 568—573 Tit. 20 Th. I A. L. R., während das persönliche Vorkaufsrecht nur gegen den Contrahenten und gegen einen Dritten nur in dem Falle von Wirksamkeit ist, daß er das Vermögensobject, auf welches sich die Berechtigung des Klägers bezieht, trotz seiner Kenntniß von dieser Berechtigung erwirbt: §§ 626, 627 und 630 a. a. O. Die Wirkung des dinglichen Vorkaufsrechts kann eigentlich nur die sein, daß jeder dritte Besitzer, wenn er zu verkaufen beabsichtigt, dasselbe berücksichtigt, während in Folge des Näherrechts der Berechtigte auch befugt ist, das schon verkaufte und übergebene Gut von dem Käufer und jedem Dritten zurückzufordern. Das preußische Recht gewährt dagegen dem dinglichen Vorkaufsrechte zugleich die Wirkung des deutschen Näherrechts: § 631 a. a. O. Abgesehen nun von den sonstigen Erfordernissen der Klage, den Bedingungen der Ausübung, den Einreden des Verklagten, so gehört zur Legitimation des Klägers hier nur der Nachweis, daß ihm das gesetzliche oder durch Eintragung dinglich gewordene Recht zustehe, wobei noch hervorzuheben ist, daß dasselbe nicht an dritte Personen abgetreten werden kann und activ nicht vererblich ist: §§ 594, 596 a. a. O. Passiv legitimirt ist jeder dritte Besitzer: §§ 631, 635 das., ohne Rücksicht darauf, ob er das Vorkaufsrecht kannte oder nicht, weil die bona oder mala fides des Erwerbers nur auf seine sonstigen Verpflichtungen von Einfluß ist: §§ 639 fg. a. a. O. Die Verletzung des Rechts des Klägers besteht hier darin, daß der Käufer, wiewohl es seine Sache war, sich um das Vorhandensein des Vorkaufsrechts zu bekümmern, die Sache dennoch, ohne Rücksicht auf das dingliche Recht des Klägers, erwarb und die erworbene herauszugeben sich weigert.

So ließe sich die Frage, womit sich diese Untersuchung beschäftigt, noch mit Rücksicht auf andere dingliche Rechte erörtern. Aber es kam uns nur darauf an, das im ersten Abschnitt aufgestellte Princip für die Sachlegitimation der Parteien durch Beleuchtung einzelner dinglicher Klagen zu erläutern und die sich aus der Natur der einzelnen Rechtsinstitute ergebenden Modifikationen des Princips aufzuweisen und zu

beleuchten, und dieser Zweck dürfte durch die bisherigen Betrachtungen ausreichend erfüllt sein. In dem folgenden dritten Abschnitt soll versucht werden, die wichtige und nicht uninteressante Frage: **Inwiefern sind die Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten verbindlich?** zu lösen oder wenigstens der Lösung näher zu bringen.

## Dritter Abschnitt.

### Inwiefern sind die Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten verbindlich?

**§ 16.** [Einleitung.] Es ist im Vorstehenden mehrfach hervorgehoben worden, daß zu einem Prozesse über dingliche Rechte nicht immer nur derjenige legitimirt ist, der als das eigentliche Subject des streitigen Rechts angesehen werden muß, sondern häufig auch derjenige, der im concreten Falle nur in einem mittelbaren Verhältnisse zu dem dinglichen Rechte steht. So ist der Nießbraucher, der Pächter nur deshalb berechtigt, eine dem in Pacht oder in Nießbrauch befindlichen Grundstück zustehende Servitut mit der confessorischen Klage zu verfolgen, weil und soweit das Pacht- oder Nutzungsrecht reicht und dauert. Zu diesen Fällen treten andere, wo der dinglich Berechtigte allerdings vollständig über das Recht zu disponiren befugt ist, aber sein Recht nur bestimmte Zeit dauert, so daß mit Eintritt eines gewissen Zeitpunktes oder einer bestimmten Begebenheit ein anderer als berechtigtes Subject an seine Stelle tritt. Es liegt in der Natur der Sache, daß sowohl in den zuerst gedachten Fällen als in den zuletzt erwähnten das Recht Einflüssen und Modifikationen unterworfen ist, die ihm sonst nicht eigenthümlich sind. Im Allgemeinen lassen sich letztere dahin charakterisiren, daß die Dispositionen des Berechtigten, — die prozessualischen wie die außerprozessualischen Verhandlungen — nur soweit und so lange zu Recht bestehen, als das Recht überhaupt dauert. Beide eben gedachte Verhältnisse kann man mit Recht unter den Begriff der zeitweisen Legitimation bringen, und wenn die Frage entsteht, inwiefern die prozessualischen Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten verbindlich sind, so müssen wir an Fälle denken, wo eine bestimmte Person aus eigenem, nur durch die Zeitdauer beschränktem Rechte zur Sache activ und passiv zu einem Rechtsstreit legitimirt erscheint. Hiernach scheiden zunächst die Fälle der Bevollmächtigung aus den hier zu erwägenden Verhältnissen aus; denn der Bevollmächtigte macht nur ein fremdes Recht geltend, vertritt nur die Parteien und wird durch das ihm ertheilte Mandat wohl zur Prozeßführung, aber nicht zur Sache legitimirt. Aber auch die Fälle müssen unberücksichtigt bleiben, wo gewisse Personen auf Grund gesetzlicher Bestimmung zur Geltendmachung der Rechte Dritter

zugelassen werden, ohne daß sie indeß kraft eigenen Rechts, also auch beim Mangel ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung legitimirt wären. Dahin gehören Verhältnisse, wie die des Vormunds, der für den Mündel, — des paterfamilias, der für die Ehefrau und die Kinder, — des Beamten, der für das Amt, — gewisser Vertreter, die für Corporationen, Städte, Dorfgemeinden, Kirchen u. s. w. zum Prozesse zugelassen werden. Bei diesen allen fehlt das Kriterium, daß sie das Recht, welches den Gegenstand des Rechtsstreits ausmacht, eben deshalb verfolgen, also klagen und verklagt werden können, weil sie selbst in einem unmittelbaren Verhältnisse zu demselben stehen; auch sie sind nur Vertreter des eigentlich Berechtigten und unterscheiden sich von dem Bevollmächtigten nur dadurch, daß sie ein für allemal in Folge gesetzlicher Bestimmung zur Vertretung des berechtigten Subjects in Prozessen befugt sind. Für zeitweise legitimirt ist also nur derjenige zu erachten, welcher entweder durch ausdrückliche — vertragsmäßige oder letztwillige — Bestimmung das zu verfolgende Recht in seinem ganzen Umfange selbständig, aber nur auf Zeit auszuüben für befugt erklärt worden, oder dessen Befugniß zu selbständiger Prozeßführung sich auf ein bestimmtes, ebenfalls zeitlich beschränktes Verhältniß zu dem zu schützenden Rechte gründet. Beide Fälle sind nun noch näher zu betrachten.

§ 17. [Revocable dingliche Rechte.] Ein dingliches Recht kann jemandem so zustehen, daß die Dauer desselben auf bestimmte Zeit beschränkt ist. Diese Beschränkung kann in der Natur der Rechte liegen, wie bei den persönlichen Gebrauchs- und Nutzungsrechten, oder aber durch eine anderweite Bestimmung herbeigeführt sein. Von jenen Fällen wird im § 18 die Rede sein, hier dagegen kommen zunächst nur die Fälle in Betracht, wo die Beschränkung des Rechts auf eine bestimmte Zeit durch eine auflösende Bedingung oder durch einen Endtermin herbeigeführt ist.

Ist die Dauer eines dinglichen Rechts durch eine Resolutivbedingung oder einen Endtermin beschränkt,[1]) so besteht das Recht vor Eintritt des Endigungsgrundes so vollkommen, als wäre eine zeitliche Beschränkung gar nicht vorhanden. Der Berechtigte disponirt frei, ohne jede Einschränkung Seitens dessen, dem das Recht eventuell zufallen soll. Ist also das Eigenthum unter einer auflösenden Bedingung oder Zufügung eines Endtermins übertragen worden, so ist der Erwerber bis

1) Ueber die Revocabilität dinglicher Rechte und die einzelnen Fälle sind zu vergl. Puchta, Pand. § 142, Vorles. I S. 281 und 445 fg.; Vangerow I § 96 S. 167; namentlich Sintenis I, 407 fg.; Koch I § 231 S. 432; Bornemann I, 168 fg. und 175.



zum Eintritt der Bedingung oder des Dies vollständiger Eigenthümer; er kann die Sache belasten, weiter veräußern, und ist unbedingt zur Führung aller die Sache betreffenden dinglichen Klagen ohne Zuziehung des eventuell Berechtigten activ und passiv legitimirt: l. 66 Dig. de R. V. (6, 1). Tritt der Endigungsgrund ein, so ist nach römischem Recht die Wirkung verschieden, je nachdem es sich um eine Resolutivbedingung oder den Endtermin handelt. Der Eintritt jener hebt das Recht ipso iure auf, das Eigenthum fällt an den eventuell Berechtigten und dieser hat nicht allein eine persönliche Klage gegen den bisherigen Eigenthümer, sondern gegen diesen und jeden Dritten eine dingliche Klage auf Rückgewähr der Sache oder des Rechts. Dies hängt mit der rückwirkenden Kraft der Bedingung zusammen; sie bringt es mit sich, daß alle bisherigen Wirkungen des revocablen Eigenthums vernichtet werden, alle Veräußerungen und Belastungen für nicht geschehen zu erachten sind, überhaupt alle Dispositionen des revocablen Eigenthümers von selbst hinwegfallen. Wie wichtig dieses Princip auch für die von dem zeitweise Legitimirten geführten Prozesse ist, bedarf keiner besondern Hervorhebung. Uebrigens ist zu erinnern, daß nicht bloß das Eigenthum, sondern auch andere dingliche Rechte — Superficies, Emphyteuse, Nießbrauch u. s. w. — revocabel sein können; so weit diese den zeitweise Legitimirten zu disponiren berechtigen, so zur Bestellung von iura in re, zur Veräußerung u. s. w., verlieren auch diese Dispositionen bei Eintritt der Bedingung alle Wirksamkeit und der eventuell Berechtigte braucht sie nicht anzuerkennen. Tritt dagegen der die Zeitdauer des dinglichen Rechts beschränkende dies ad quem ein, so hört das Recht nicht ipso iure auf, der eventuell Berechtigte muß vielmehr auf Aufhebung, Unwirksamkeit u. s. w. klagen: eine dingliche Klage steht ihm weder gegen den bisher Berechtigten noch gegen Dritte zu. Ebenso wenig verlieren die bisherigen Dispositionen des Berechtigten ihre Wirksamkeit. Veräußerungen, Servituten, Pfandrechte, welche der zeitweise Berechtigte vorgenommen, beziehungsweise bestellt hat, bestehen fort und der event. Berechtigte kann nur von jenem Entschädigung fordern. Ist ein anderes dingliches Recht als das Eigenthum, so Superficies und Emphyteuse, unter Zufügung eines Endtermins übertragen worden, so bleiben die Dispositionen des Superficiars und Emphyteuta ebenfalls in Gültigkeit; es kann aber geschehen, daß sie aus einem andern Grunde ungültig werden, wenn nämlich das Recht desjenigen untergeht, der jene Rechte selbst bestellt hatte.[1])

Nach preußischem Recht kann die Dauer eines dinglichen Rechts

1) Puchta: Vorles. I S. 285, Sintenis a. a. O.

gleichfalls durch Resolutivbedingung oder Endtermin beschränkt werden: §§ 114 und 167 Tit. 4 Th. I A. L. R. Die Wirkungen sind folgende:

Ist ein Recht durch eine Resolutivbedingung beschränkt, so hat vor Eintritt der Bedingung der event. Berechtigte kein dingliches Recht, sondern nur einen persönlichen Anspruch an den bedingt Verpflichteten; letzterer ist berechtigt, uneingeschränkt zu disponiren und dem ersteren nur die Befugniß eingeräumt, unter gewissen Umständen Sicherheitsbestellung zu fordern: §§ 121, 122 fg. Tit. 4 Th. I A. L. R. Wenn die Bedingung zur Wirklichkeit gelangt, so verliert der bisher Berechtigte sein Recht, aber rückwirkende Kraft hat die Bedingung der Regel nach nicht: §§ 115, 116 Tit. 4, §§ 261, 262, 298 fg. Tit. 11, § 489 Tit. 12 Th. I A. L. R. Was insbesondere die Rechte betrifft, welche der zeitweise Legitimirte inzwischen andern Personen eingeräumt hat, so bestimmt zwar § 33 Tit. 19 Th. I A. L. R.: „Rechte auf und zu fremden Sachen erlöschen, wenn das Recht desjenigen, welcher sie bestellt hat, aufhört, und die Sache an einen andern fällt, der auf selbige, schon vor der Einräumung jener Befugnisse, einen gegründeten Anspruch hatte." Aber dieser Satz hängt mit der rückwirkenden Kraft der Bedingung nicht zusammen, sondern bestätigt nur die Regel, daß Niemand mehr Rechte auf einen andern übertragen kann, als er selbst besaß; wer also nur ein zeitweises Recht besitzt, kann auch andern nur zeitweise Befugnisse an dem Gegenstande desselben einräumen: Einleitung § 108, § 172 Tit. 7 Th. I A. L. R. Die Veräußerung der Sache hindert die Vindication niemals, auch wenn der Erwerber in gutem Glauben war: §§ 24—27 Tit. 15 Th. I A. L. R.; die an der Sache bestellten iura in re aber bleiben bestehen, wenn der Erwerbende das Recht des eventuell Berechtigten nicht kannte: §§ 264, 265, 270, 311 Tit. 11 Th. I A. L. R. Ist die Dauer des dinglichen Rechts durch einen dies ad quem bestimmt, so kann bis zum Eintritt desselben der Berechtigte gleichfalls vollständig über das Recht disponiren. Das Landrecht bestimmt zwar Th. I Tit. 4 § 168, der zeitweise Berechtigte dürfe während der Dauer des Rechts zum Nachtheile desjenigen, an welchen das Recht nach Ablauf der bestimmten Zeit fallen solle, nichts vornehmen; doch ordnet diese Bestimmung nur das Verhältniß zwischen dem gegenwärtig und dem zukünftig Berechtigten, nicht zwischen jenem und Dritten. Mit dem Ablauf der Zeit hört das Recht von selbst wieder auf, aber die Zeitbestimmung hat niemals rückwirkende Kraft: §§ 167, 169 a. a. O. Inwieweit die Dispositionen des nur zeitweise Berechtigten verbindlich sind, ist ebenso zu bestimmen, wie bei der Bedingung.[1])

1) Bornemann I, 175.

§ 18. [Andere Fälle der zeitweisen Legitimation] zur Sache bei Rechtsstreitigkeiten aus dinglichen Rechten (oben § 16) sind folgende:

1) Beim getheilten Eigenthum ist nach gemeinem und preußischem Recht der nutzbare Eigenthümer unbedenklich zu allen, die Sache, welche sich in seinem Eigenthum befindet, betreffenden Rechtsstreitigkeiten legitimirt. Aber sein Recht ist nur ein zeitweises, beschränkt durch die Rechte des Obereigenthümers und der Anwärter. Wenn er mithin allein klagt oder sich auf einen Rechtsstreit einläßt, so entsteht die Frage, inwieweit seine Verhandlungen für jene verbindlich seien.

2) Nach gemeinem Recht ist der Usucapionsbesitzer, nach preußischem Recht der vollständige und der unvollständige Besitzer, selbst der Inhaber zur publicianischen Klage legitimirt. Aber ihr Recht ist schwächer als das des Eigenthümers, beziehungsweise (nach preußischem Recht) jedes besser Berechtigten. Es frägt sich daher, in wie fern ist der von ihnen etwa geführte Prozeß für letztere verbindlich. Dieselbe Frage drängt sich auf, wenn man sich erinnert, daß jeder Besitzer an sich zu dieser Klage passiv legitimirt ist.

3) Zur Anstellung der Negatorienklage sind nach gemeinem Recht außer dem Eigenthümer auch der Pfandgläubiger und andere activ, und nach gemeinem und preußischem Recht jeder Störer des Rechts passiv legitimirt. Welchen Einfluß haben in beiden Fällen die Verhandlungen dieser nur zeitweise Legitimirten auf das Recht dessen, der die Servitut geltend macht, beziehungsweise des Eigenthümers des angeblich belasteten Grundstücks?

4) Dieselbe Frage entsteht endlich auch, wenn statt des Eigenthümers des praedium dominans in den nach gemeinem und preußischem Recht zulässigen Fällen ein anderer die actio confessoria anstellt oder als Verklagter, so weit es geschehen darf, sich auf den Prozeß einläßt, ohne den Eigenthümer zuzuziehen.

Das sind die wichtigsten der hier zu berücksichtigenden Fälle. Es kann zwar auch, wie oben hervorgehoben wurde, bei andern, im § 15 zum Theil erwähnten dinglichen Rechten eine Vertretung des eigentlich Berechtigten durch Dritte stattfinden, deren Legitimation nur in einem zeitweisen Verhältniß zu dem streitigen dinglichen Rechte sich gründet; die Fälle erscheinen aber theils minder wichtig, theils ergeben sich für dieselben gleiche Folgen wie bei den hier hervorgehobenen, so daß die weitere Prüfung füglich auf letztere beschränkt werden darf.

§ 19. [Bedeutung und Inhalt der zu erörternden Frage.] Alle prozessualischen Verhandlungen haben den Zweck, eine

definitive Entscheidung des Rechtsstreits herbeizuführen und das Erkenntniß stellt fest, was dem Rechte gemäß aus diesen Verhandlungen — das Wort in seiner weitesten Bedeutung, für prozessualische Handlungen, genommen — für und wider die streitenden Theile folgt. Daher würde sich die zu prüfende Frage auch dahin feststellen lassen: inwieweit sind die in dem Rechtsstreit mit den nur zeitweise Legitimirten ergangenen Erkenntnisse für und wider Dritte, oder noch bestimmter für und wider denjenigen, der eigentlich oder doch zugleich mit dem nur zeitweise Berechtigten zum Prozesse legitimirt sein würde, verbindlich. Aber das Urtel ist nur das letzte Mittel, den Rechtsstreit zu Ende zu führen, und es liegt im Zwecke jeder Prozeßgesetzgebung, daß von demselben nur Gebrauch gemacht werde, wo die Rechtsordnung anders nicht zu erreichen ist. Als solche andere Mittel, und zugleich als ganz selbständige Prozeßhandlungen kennt das Recht den Vergleich und das Anerkenntniß. Diese, sowie das Zugeständniß und der Verzicht, sind daher bei dieser Frage besonders ins Auge zu fassen.

1) **Res iudicata.**[1]) Ein rechtskräftiges, in gehöriger Form gesprochenes Erkenntniß hat eine doppelte Wirkung. Es liegt zunächst in dem Wesen des Rechts, daß dasjenige, was durch den Ausspruch des Richters als Recht erkannt worden, auch zur Vollziehung komme: daß dem Kläger nun wirklich sein Recht werde. Darauf beruht die actio iudicati, ohne Rücksicht auf die prozessualische Form derselben. Andererseits fordert aber auch die vernünftige Ordnung der Dinge, daß derselbe Rechtsstreit nicht wiederholt werde: auf diesem Grunde (vergl. Paulus l. 6 Dig. de exc. r. iud. 44, 2) beruht die exceptio rei iudicatae in ihrer negativen und positiven Function.[2])

Die actio iudicati ist das dem Kläger aus einem condemnatorischen Urtel zustehende Mittel, von dem Verklagten selbst oder denjenigen, welche verpflichtet sind, sich die Vollstreckung des gegen jenen ergangenen Rechtsspruchs gefallen zu lassen, Befriedigung zu fordern.[3]) Es liegt in der Natur der Sache und ist überdies im römischen Recht wiederholt anerkannt (l. 63 D. 42, 1; l. 2 Cod. 7, 56), daß die actio iudicati gegen einen andern als den Condemnirten nicht gerichtet werden kann; nur in einzelnen Fällen, die, soweit sie hier in Betracht kommen, später zu erwägen sind, macht das römische Recht davon eine

---

1) Savigny VI, § 280 und über die Bedingungen der Rechtskraft §§ 284—290.

2) Ueber die Bedeutung dieser Ausdrücke: Savigny VI, § 281, Keller; Litiscont. §§ 24. 28 fg.; jetzt kann nur noch von der sog. positiven Function die Rede sein.

3) Savigny VI, § 295.

Ausnahme. Die exc. r. iud. beruht auf dem Grundsatz: res iudicata est finis controversiarum, und steht dem Verklagten sowohl als dem Kläger als ein Schutzmittel gegen nochmalige Erhebung desselben Rechtsstreits zu. Die Voraussetzungen dieses Schutzmittels bestimmt Ulpian, unter Bezugnahme auf einen Ausspruch Julians in l. 3 Dig. 44, 2 dahin: Et generaliter — exceptio rei iudicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur, vel alio genere iudicii (l. 7 § 4 h. t.), — quae nisi omnia concurrunt, alia res est: l. 14 eod. Was unter der eadem quaestio zu verstehen ist, kann hier nicht erörtert werden,[1]) für uns genügt es, daran festzuhalten, daß die exc. r. i. Identität der Parteien voraussetzt; doch erkennt das Recht auch von dieser Regel manche in der Natur der Verhältnisse begründete Ausnahmen, positive und natürliche Erweiterungen der Wirkung der Rechtskraft, an.[2])

Das preußische Recht erkennt beide Wirkungen der res iudicata und zwar aus gleichem Grunde als das römische Recht an:[3]) §§ 64, 65, 66 Einltg. A. G. O. Die actio iud. erscheint im preußischen Recht in verschiedener Gestalt, je nachdem sie früher oder später erhoben wird; aber diese formelle Verschiedenheit ändert nichts im Wesen des Rechtsstreits, so daß die Voraussetzungen desselben im preußischen Recht keine wesentlich anderen sind als im römischen Recht. Namentlich ist der hier allein wichtige Grundsatz anerkannt, daß das Executionsgesuch — die gewöhnliche Form der act. iudic. — nur gegen denjenigen stattfinde, welcher in dem ergangenen Urtel condemnirt worden. Gegen Dritte hat das Urtel in der Regel keine Wirkung (§ 5 Tit. 24, § 14 Tit. 28 Th. I A. G. O.), doch müssen sich dieselben in gewissen Fällen allerdings die Vollstreckung des Erkenntnisses gefallen lassen.[4]) Ueber die Erfordernisse der exc. rei iud. (vergl. § 6 Tit. 9 Th. I A. G. O.) verbreitet sich das Gesetz nicht weiter,[5]) doch sind dieselben zweifellos nicht andere als nach römischem Recht, also namentlich eadem quaestio [„dieselbe Sache"][6]): § 14 Tit. 28, § 6 Tit. 9 Th. I A. G. O., und eaedem personae: § 5 Tit. 24 das.; daß die exceptio unter Umständen auch nach preußischem Recht von Dritten und wider Dritte, die nicht unmittelbar am Rechtsstreit Theil genommen haben, gebraucht werden kann, ist unbestritten.

---

1) Savigny a. a. O. §§ 296—300, Keller §§ 32 fg.
2) Savigny § 301, Keller §§ 37 fg.
3) Förster a. a. O. §§ 51 fg., S. 175 fg.; Koch I § 200 S. 380.
4) Förster S. 181 fg., Koch § 200 S. 382.
5) Förster § 54 S. 189 fg., Koch § 197 S. 377.
6) Auch die römischen Juristen brauchen den Ausdruck eadem res für gleichbedeutend mit eadem quaestio: l. 4 pr., l. 14 pr., l. 27 Dig. 44, 2.

2) Als das wichtigste Surrogat des Urtels steht der Vergleich oben an. Savigny scheidet denselben zwar aus dem Actionenrecht aus, weil in dem Vergleich, als der Beendigung eines Rechtsstreits durch die freie Uebereinkunft beider Theile über irgend einen zwischen ihren ursprünglichen Anträgen in der Mitte liegenden Punkt, augenscheinlich eine rein vertragsmäßige, also obligatorische Umwandlung des bisherigen Rechtsverhältnisses liege.[1]) Diese Ansicht ist durchaus zutreffend. Aber wo es die Beleuchtung der Gültigkeit prozessualischer Handlungen betrifft, kann der Vergleich nicht außer Acht bleiben, weil er in der Kette dieser Handlungen unbedenklich eine der wichtigsten ist; nur die Frage, was zur Gültigkeit des Vergleichs erforderlich ist, gehört dem materiellen Rechte an. Es ist aber unter Vergleich die vertragsmäßige Umwandelung eines streitigen, rechtshängigen oder sonst ungewissen Rechts in ein gewisses zu verstehen. Für die Fragen, wer einen Vergleich abschließen könne und welche Wirkungen er für Dritte habe, ist es gleichgültig, ob derselbe vor Gericht geschlossen wird oder nicht.[2]) Nur diese beiden Fragen interessiren hier und sind nach gemeinem und preußischem Recht in gleicher Weise zu beantworten. Zunächst bestimmt nämlich das römische Recht ausdrücklich, daß nur derjenige, welcher über ein Recht frei zu disponiren berechtigt sei, einen Vergleich schließen könne und es wird deshalb auch als unverbindlich erachtet, wenn derjenige, der zur Prozeßführung legitimirt ist, ohne ausdrückliche Bevollmächtigung zum Vergleichsabschlusse, dennoch mit dem Dritten transigirt: l. 7 Cod. II, 4. In ganz gleicher Weise nennt das preußische Recht: § 405 Tit. 16 Th. I A. L. R. den Vergleich einen Vertrag unter den Parteien und bestimmt § 422 das., daß Vergleiche über Rechte, von welchen sich in der Folge findet, daß sie weder einem noch dem andern Theile zukommen, ohne Wirkung sind. Dadurch ist zugleich die zweite Frage beantwortet, daß nämlich der Vergleich, wie das Urtel, nur für und wider die Transigenten, für und wider einen Dritten also nicht wirkt, wenn nicht Successionsfälle eintreten, die möglicherweise eine Verpflichtung des Dritten mit sich führen: § 425 a. a. O. Ebenso bestimmt das römische Recht die Wirkung des Vergleichs und es werden in den Quellen außer dem allgemeinen Satze: privatis pactionibus non dubium est, non laedi ius caeterorum (l. 3 pr. D. 2, 15), auch die unzweifelhaftesten Anwendungen von dieser Regel gemacht: l. 3 § 2, l. 10 Dig. 2, 15; l. 1

---

1) System, VII S. 2.

2) Ueber den Vergleich im Allgemeinen: Dig. 2, 15, Cod. 2, 4 de transactionibus; A. L. R. Th. I Tit. 16 Abschn. 8. Zu vergl. Puchta § 294, Koch II § 727.

und l. 26 Cod. 2, 4. Hervorzuheben ist noch, daß der gerichtliche Vergleich nach römischem und preußischem Recht ebenso wirkt, wie die res iudicata: l. 20 und 28 Cod. 2, 4; das preußische Recht namentlich gewährt aus gerichtlich geschlossenen Vergleichen über rechtshängige Gegenstände die Execution „wie aus einem Judicato:“ § 4 Tit. 24 Th. I A. G. O., § 1 Verordn. I vom 4. März 1834, und läßt die Einrede des Vergleichs, analog der exc. rei iudic., selbst noch in der Executionsinstanz zu: § 36 Tit. 24 Th. I A. G. O.

3) Verzicht und Erlaß. Beide Ausdrücke werden hier gleichbedeutend für dieselbe prozessualische Handlung gebraucht, je nachdem sich dieselbe auf obligatorische oder dingliche Rechte bezieht, so daß unter Verzicht das völlige Nachgeben des Klägers, in Bezug auf ein dingliches, unter Erlaß dieselbe Handlung bezüglich auf ein obligatorisches Recht verstanden wird.[1]) Verzicht und Erlaß kommen im römischen Recht in verschiedenen Gestalten vor: als Vertrag oder als einseitige Erklärung des Klägers vor dem Richter; im ersteren Falle gilt vom Verzicht Alles, was oben vom Vergleich bemerkt wurde, — im letzteren ist Verzicht die Erklärung des Klägers, den Rechtsstreit fallen lassen zu wollen und hat die Wirkung, daß der Kläger als in iure confessus angesehen wird.[2]) Immer wird natürlich vorausgesetzt, daß der Verzichtende befugt war, über den Gegenstand, auf welchen sich seine Erklärung bezieht, selbständig zu verfügen und ebenso ist es der Natur der Sache entsprechend, daß die Erklärung des Verzichtenden einem Dritten nicht entgegensteht. Läßt der Kläger den Prozeß liegen, so wird ein Verzicht fingirt, und es ergeht Contumacialbescheid; für diesen gelten dann alle Regeln, die für das Urtel gegeben sind.[3]) Für das preußische Recht ist, da es sich hier überall um den Verzicht auf ein bereits prozessualisch geltend gemachtes, streitiges Recht handelt, der § 395 Tit. 16 Th. I A. L. R. maßgebend,

1) Dieser Wortgebrauch ist willkürlich, stimmt aber ungefähr mit der von Savigny VII S. 2 u. 3 angewendeten Terminologie überein. Puchta, Pand. § 48 S. 79 behandelt ganz richtig den Verzicht als eine Art der alienatio, Veräußerung von Rechten, welche bei den einzelnen Rechten verschiedene Gestalt annehme. Hier kömmt es nur darauf an, die Natur derjenigen prozessualischen Handlung des Klägers zu bestimmen, welche ein Nachgeben von seiner Seite enthält, und es erscheint dabei von geringerer Bedeutung, ob man diese Handlung Verzicht, Erlaß oder Entsagung nennt: nur um für die weitere Ausführung einen sicheren Ausdruck zu gewinnen, wurde die obige Unterscheidung angenommen. Ueber den Sprachgebrauch des preußischen Rechts, der wohl kaum zu billigen ist, vergl. §§ 378, 379 Tit. 16 Th. I A. L. R.

2) Savigny VII, S. 8 und 12.

3) Savigny a. a. O. S. 4; Linde: Civilprozeß § 232 S. 294.

wonach in diesem Falle lediglich die Grundsätze vom Vergleich Anwendung finden.[1])

4) Anerkenntniß ist diejenige vom Verklagten im Prozeß abgegebene Erklärung, daß er das gesammte, vom Kläger in Anspruch genommene Recht als diesem zustehend annehme und sich allen Anträgen des Klägers, dieser seiner Erklärung gemäß, unterwerfe. Es ist zwar eine Art des Geständnisses, geht aber nicht nur auf Thatsachen, sondern auf das Dasein des Rechtsverhältnisses selbst: se debere, fundum actoris esse u. s. w. Das Anerkenntniß wirkte im älteren römischen Recht gleich dem Judicat; nach gemeinem Recht ist es zwar nicht mehr ein Surrogat des Urtels, aber letzteres muß mit dem Inhalt des Anerkenntnisses übereinstimmen, wenn dasselbe vollständig ist und vom Kläger als ausreichend angesehen wird.[2]) Auch das Anerkenntniß kann nur derjenige abgeben, der selbständig über ein Recht zu verfügen befugt ist, und dasselbe ist nur unter den Parteien von Wirksamkeit, was sich für das gemeine Recht schon daraus ergibt, daß es nur ein Beweismittel für diesen Prozeß ist. Das preußische Recht versteht unter Anerkenntniß die Erklärung des Verklagten, „daß er die Forderung des Klägers durchgehends einräume:“ § 14 Tit. 8 Th. I A. G. O. Es ist auch nach preußischem Recht nicht ein Surrogat des Urtels, vielmehr wird auf Grund desselben die Agnitionsresolution abgefaßt: §§ 15 fg. Tit. 8 Th. I A. G. O., § 13 V. v. 1. Juni 1833, woraus folgt, daß das Anerkenntniß nur für oder wider denjenigen gelten kann, der es abgegeben hat (vergl. auch § 86 Tit. 10 Th. I A. G. O.); ausdrücklich ist auch anerkannt, daß das Anerkenntniß nur dann von Wirksamkeit ist, wenn der Anerkennende zur Verhandlung der Sache nach seinem alleinigen Ermessen befugt ist: § 85 a. a. O.

5) Das Zugeständniß ist die Erklärung einer Partei, daß sie eine vom Gegner behauptete Thatsache als richtig einräume. Die Frage, wer ein Zugeständniß mit rechtlicher Wirkung abgeben könne

1) Ueber die Folgen, welche das Ausbleiben des Klägers für den Ausgang des Prozesses hat, also den Fall der fingirten Entsagung des gemeinen Rechts, vergl. Koch: Civilprozeß § 167 S. 347 fg.

2) Ueber die Bedeutung des Anerkenntnisses im älteren römischen Prozeß vergl. Puchta: Instit. II § 173 S. 186, Bethmann-Hollweg: Versuche, Abhandlung 4 S. 250 fg., Savigny VII, S. 6 fg. Ueber das gemeine Recht: Savigny S. 39 fg. und Linde a. a. O. § 256 S. 324. Welche Aehnlichkeit in gewisser Beziehung zwischen dem gerichtlichen Anerkenntniß des preußischen Rechts und der confessio in iure bestehe, hat Savigny a. a. O. S. 46 hervorgehoben. Ueber das preußische Recht siehe noch: Koch a. a. O. S. 417 und 535.

und welche Bedeutung dasselbe für dritte Personen habe, ist nach gemeinem und preußischem Rechte im Wesentlichen ebenso zu beurtheilen, wie beim Anerkenntniß.[1])

Nachdem nun versucht worden, die Erfordernisse der wichtigeren prozessualischen Verhandlungen, soweit dieselben hier von Interesse sind, darzustellen, soll nunmehr geprüft werden, inwieweit diese Verhandlungen, wenn sie von dem zeitweise Legitimirten vorgenommen werden, verbindlich sind. Es ist also lediglich von den Handlungen die Rede, welche letzterer selbst vornimmt, also nicht von denjenigen seines Prozeßgegners, so daß also nicht im Allgemeinen festgestellt werden soll, welche Wirkungen ein zwischen dem zeitweise Legitimirten und einem andern geführter Prozeß für den eigentlich Berechtigten hat, sondern nur, inwieweit das Anerkenntniß, Zugeständniß, der Verzicht u. s. w. des zeitweise Legitimirten für verbindlich zu erachten ist.

§ 20. [Beurtheilung der Fälle des § 17.] Bei der Frage, inwieweit die prozessualischen Verhandlungen desjenigen verbindlich sind, dem ein dingliches Recht unter einer Resolutivbedingung oder unter Beschränkung durch einen Endtermin übertragen worden ist, liegt es sehr nahe, auf die Wirkungen einer Auflösung ex tunc und ex nunc zurückzugehen. Gleich wie nämlich die außerprozessualischen Dispositionen des revocablen Eigenthümers, — um fortan die Frage auf diesen zu beschränken, — bei einer Auflösung ex tunc mit Eintritt der auflösenden Bedingung unwirksam werden, bei einer Auflösung ex nunc aber fortbestehen, so könnte man versucht sein, eine gleiche Regel auch für die prozessualischen Verhandlungen aufzustellen. Man würde indessen mit dieser Regel nicht eben weit genug kommen, um einen Anhaltpunkt für alle etwa fraglich werdenden Fälle zu erhalten. Richtiger wird es sein, wenn man die Wirkung der Prozeßhandlung als solcher und den materiellen Inhalt letzterer, d. h. das derselben etwa zu Grunde liegende Rechtsgeschäft, von einander trennt. Bei allen hier zu erwägenden Handlungen, namentlich aber bei dem Vergleich und Verzicht, ist eine derartige Trennung denkbar. Dem Vergleich kann jedes beliebige, unter den Parteien verabredete Rechtsgeschäft zu Grunde liegen, und dasselbe muß vom Verzicht gesagt werden. Ist nun der Vergleich gültig zu Stande gekommen, so äußert er seine formelle Wirkung dadurch, daß er einen Prozeß über den Gegenstand des Vergleichs unter denselben Personen ausschließt. Welche

1) Ueber das Zugeständniß vergl. Linde S. 324, Savigny a. a. O., Koch S. 418 fg.

Wirksamkeit aber das demselben zu Grunde liegende Rechtsgeschäft ausübt, ist eine ganz andere Frage. Auf unsern Fall angewendet, kann also die formelle Wirkung des vom revocablen Eigenthümer abgeschlossenen Vergleichs für den eventuell Berechtigten ausgeschlossen, das darunter verborgene Rechtsgeschäft aber dennoch verbindlich sein. Von diesem Gesichtspunkte aus wird die Frage nach der Verbindlichkeit einer vom revocablen Eigenthümer vorgenommenen prozessualischen Verhandlung in folgender Weise zu lösen sein.

Aus dem in dem Rechtsstreite zwischen dem revocablen Eigenthümer und einem Dritten ergangenen Erkenntnisse steht dem eventuell Berechtigten, wenn an ihn das Eigenthum fällt, weder die exceptio rei iudicatae entgegen, im Fall er später wegen desselben Gegenstandes klagt, noch ist gegen ihn die actio iudicati zulässig. Dies gilt nach gemeinem und preußischem Recht gleichmäßig. Denn was die exc. r. i. betrifft, so fehlt es an der erforderlichen Identität der Personen, und die actio iud. ist unzulässig, weil der revocable Eigenthümer nicht condemnirt worden ist. Dagegen kann man sich auch nicht auf den Grundsatz berufen, daß gegen den Singular- wie gegen den Universalsuccessor die res iudicata ihre Wirkung äußert: exceptio rei iudicatae nocebit ei, qui in dominium successit eius, qui iudicio expertus est: l. 28 Dig. 44, 2; l. 11 § 8 eod., §§ 7 und 9 Tit. 24 Th. I A. G. O. Denn dieser Satz ist unbestritten nur wahr, wenn die Succession nach dem rechtskräftigen Urtheil begründet wurde,[1]) während bei dem revocablen Eigenthum vorausgesetzt wird, daß das Successionsrecht von Anfang an begründet und nur der Eintritt desselben suspendirt war. Ebenso ist die Frage rücksichtlich des Vergleichs zu entscheiden, weil auch die exceptio pacti und die Klage aus dem Vergleich nur unter denselben Parteien zulässig ist, und rücksichtlich des Verzichts, der in dieser Hinsicht dem Vergleiche gleichsteht. Das Anerkenntniß endlich und das Zugeständniß des revocablen Eigenthümers begründen gegen den eventuell Berechtigten ebenfalls nicht formelle Wahrheit, verlieren also ihre wichtigste prozessualische Bedeutung, und werden zu Gunsten desjenigen, der den früheren Rechtsstreit mit dem revocablen Eigenthümer führte, nur unter Umständen den Werth eines Zeugnisses haben, wie dies für das römische und preußische Recht gleichmäßig bestimmt ist. Aber das unter diesen prozessualischen Handlungen verborgene Rechtsgeschäft kann allerdings für den Nachfolger des revocablen Eigenthümers verbindlich sein. Wenn der letztere für den im Vergleich liegenden Nachlaß an

1) Savigny VI, 470; Koch: in Hinschius jurist. Wochenschrift 1837 S. 22.

seinem Recht entschädigt wurde, wenn ihm für den Verzicht auf ein dingliches Recht vom Verklagten eine bestimmte Summe gezahlt wurde, — wenn also dem Vergleich oder Verzicht ein Kauf, ein Tausch oder was immer für ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, so wird allerdings der eventuell Berechtigte unter Umständen verpflichtet sein, dieses Geschäft wider sich gelten zu lassen. Aber es ist nicht die prozessualische Verhandlung für ihn verbindlich, sondern es steht ihm lediglich das vom revocablen Eigenthümer vorgenommene Rechtsgeschäft entgegen. Also wird, wenn der eventuell Berechtigte bei Eintritt der Bedingung eine Sache vindicirt, über welche zwischen dem revocablen Eigenthümer und einem Dritten ein Vergleich im Vorprozesse geschlossen worden ist, derselbe nicht mit der exc. pacti ausgeschlossen, wohl aber kann ihm die exc. rei venditae et traditae aus dem Kaufe entgegengesetzt werden, der dem Vergleiche zu Grunde liegt. Noch deutlicher wird der Unterschied zwischen der Wirkung der prozessualischen Handlung an sich und des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts, wenn man im gleichen Falle annimmt, der Vorprozeß wäre durch Erkenntniß zu Ende geführt worden. Daß alsdann dem Verklagten die exc. rei iudic. nicht zusteht, ist unbedenklich; aber wenn er ein obsiegliches Urtel mit Rücksicht auf ein zwischen ihm und dem revocablen Eigenthümer vorgenommenes Rechtsgeschäft erstritten hat, so ist es ebenso unzweifelhaft, daß er die darauf gegründete Einrede auch gegen den jetzigen Kläger wird gebrauchen können. Und so klar es ferner ist, daß gegen den Nachfolger des revocablen Eigenthümers die actio iudicati aus einem gegen letzteren ergangenen Erkenntniß nicht zulässig ist, von ihm vielmehr mit dem Einwande entkräftet werden wird, daß res inter alios actas vorliegen, so wird man doch unter Umständen dem Judicatskläger die replicatio rei venditae et traditae gegen diesen Einwand gestatten müssen, wenn sich beispielsweise das gegen den revocablen Eigenthümer erstrittene Erkenntniß auf ein Kaufgeschäft gründet, welches sein Rechtsnachfolger anzuerkennen gehalten ist. Beim Anerkenntniß und Zugeständniß, die, wie bemerkt, nur den Werth eines Zeugnisses gegen den Nachfolger des unter einer Bedingung Berechtigten haben, wird sich der hervorgehobene Unterschied weniger geltend machen, aber es läßt sich dennoch recht wohl denken, daß in dem neuen Prozesse auf das früher abgegebene Anerkenntniß nicht nur als solches Bezug genommen, sondern zugleich behauptet wird, dasselbe sei abgegeben worden, weil ein bestimmtes Rechtsgeschäft zwischen dem Anerkennenden und dem Dritten vorausgegangen war.

Wir können also bei diesen prozessualischen Handlungen immer von einer Wirkung derselben als solcher — der formellen — und von einer

Wirkung des derselben zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts sprechen. Unter den Parteien selbst wird die erstere regelmäßig in den Vordergrund treten, und wenn also ein Vergleich geschlossen wird, ein Verzicht stattfindet, so kömmt es nicht darauf an, welches Rechtsgeschäft diesem oder jenem zu Grunde liegt, sondern beide sind verbindlich, weil und insoweit sie in gehöriger Form zu Stande gekommen sind. Für einen Dritten aber fällt die formelle Wirkung — um diesen, allerdings nicht ganz zutreffenden Ausdruck zu gebrauchen — hinweg und es frägt sich nun lediglich, inwiefern für ihn das in jener Prozeßhandlung verborgene Rechtsgeschäft verbindlich ist. In dieser letzteren Beziehung äußern nun die Regeln von der Auflösung ex nunc und ex tunc ihren Einfluß und es würden sich hier denn auch wesentliche Verschiedenheiten zwischen dem gemeinen und preußischen Recht zeigen. So interessant in dieser Beziehung ein Vergleich zwischen beiden Rechten wäre, so müssen wir es uns doch versagen, hier darauf einzugehen; denn es käme dabei darauf an, überhaupt zu untersuchen, welche Wirkungen die Dispositionen eines unter einer auflösenden Bedingung Berechtigten für seine Rechtsnachfolger ausüben: eine Frage, die ganz außer dem Kreise der hier zu behandelnden liegen würde. Für uns muß der Satz genügen: die prozessualischen Verhandlungen des revocablen Eigenthümers und jedes andern dinglich Berechtigten, wenn die Dauer des Rechts von einer Resolutivbedingung oder einem Endtermin abhängig ist, sind für seinen Rechtsnachfolger an sich unverbindlich, unbeschadet der etwaigen Wirksamkeit des der Handlung sonst zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts.

§ 21. [Beurtheilung der Fälle des § 18.] 1) Führt der Lehnsbesitzer einen das Lehn betreffenden Rechtsstreit, zu dem er nach gemeinem und preußischem Recht activ und passiv legitimirt ist, ohne Zuziehung des Lehnsherrn, so sind nach gemeinem Lehnrecht die gegen den Vasallen ergangenen Erkenntnisse und die von ihm geschlossenen Vergleiche, wenn er dabei nicht dolose gehandelt hat, unbedingt für und wider den Lehnsherrn und die Anwärter verbindlich: II F. 43, vergl. II 8 § 1 und 26 § 23. Welche Wirkung dagegen ein im Prozesse von dem Vasallen allein erklärter Verzicht oder ein von ihm abgegebenes Anerkenntniß für den Lehnsherrn und die Anwärter habe, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen. Es wird dabei immer auf die Natur des zu Grunde liegenden Rechtsgeschäfts ankommen und demnach unterschieden werden müssen, ob dasselbe eine Deterioration, beziehungsweise eine unerlaubte Veräußerung des Lehns, eines Theils desselben, einer Pertinenz, einer dem Grundstück zustehenden Gerechtigkeit 2c. enthalte, oder nicht. Ist ersteres der Fall, so ist der Regel nach die Handlung

unverbindlich und es kann aus derselben gegen die sofortige Vindication des Lehnsherrn oder die Revocatorienklage der Lehnsfolger kein Einwand hergeleitet werden; enthält die prozessualische Handlung dagegen nicht ein derartiges unerlaubtes Rechtsgeschäft, so wird dieselbe auch für die genannten dritten Personen verbindlich sein. Die Quellen enthalten hierüber keine allgemeine Bestimmung.[1])

Es läßt sich nicht verkennen, daß dieses so unumschränkte Recht des Vasallen zu Unbilligkeiten gegen den Lehnsherrn und die Lehnsfolger führen kann und es haben deshalb auch einzelne Germanisten, namentlich Eichhorn, die Gültigkeit eines vom Lehnsbesitzer abgeschlossenen Vergleichs von der vorhergehenden Litisdenunciation an den dominus feudi abhängig machen wollen: für das gemeine Recht gewiß mit Unrecht.[2]) Das preußische Recht dagegen hat, in bewußter Abweichung vom deutschen, den Lehnsherrn in höherem Grade schützen wollen, woraus sich die Bestimmung § 258 Tit. 18 Th. I A. L. R. erklärt: „Prozesse des Vasallen, und die darin ergangenen Entscheidungen oder getroffenen Vergleiche sind, so weit sie zum Nachtheile des Lehns oder des Lehnsherrn gereichen, für letzteren unverbindlich, wenn derselbe dabei nicht zugezogen worden." Was hier vom Judicat und Vergleich gesagt wird, muß in noch höherem Grade vom Anerkenntniß und Verzicht, überhaupt von allen prozessualischen Verhandlungen des Vasallen gelten. Auf der andern Seite erfordert aber die Sicherheit des Rechtsganges, daß Dritte nicht unnütz und ohne Erfolg in Prozesse mit dem Vasallen verwickelt werden, und auf dieser Rücksicht beruhen die §§ 259, 260 a. a. O., nach welchen der Mangel der Zuziehung des Lehnsherrn einem Dritten, der sich mit dem Besitzer in Verhandlungen eingelassen hat, nur alsdann nachtheilig sein soll, wenn die Lehnseigenschaft des Grundstücks im Hypothekenbuche eingetragen ist. Welche Folgen der von dem Vasallen allein geführte Rechtsstreit für die Agnaten und Mitbelehnten äußere, wenn diese nicht zugezogen sind, bestimmt das Gesetz nicht; es wird aber gerechtfertigt sein, die gleich zu erwähnenden Bestimmungen des § 117 fg. Tit. 4 Th. II A. L. R. auch auf sie anzuwenden.

Die eben erwähnte Verschiedenheit zwischen dem gemeinen und preußischen Recht zeigt sich auch bei den Familienfideicommissen. Nach der oben (§ 8) vertretenen Meinung ist der Fideicommißbesitzer als wirklicher Eigenthümer zu allen das Gut betreffenden Rechtsstreitigkeiten legitimirt. Wird der Prozeß, in welchem nach richtiger Ansicht die Anwärter interveniren können, ohne die Zuziehung derselben verhandelt,

1) Vergl. die § 5 Note 5, 6, 7 genannten Schriftsteller.
2) Vergl. Gerber § 125 S. 287 Note 10.

so sind die Wirkungen gemeinrechtlich dieselben wie bei dem Lehn, d. h. Vergleiche und Urtel wirken für und wider die Anwärter und bei andern Rechtshandlungen kömmt es darauf an, ob sie eine verbotene Veräußerung oder Belastung des Fideicommisses enthalten oder nicht. In ausdrücklichen gesetzlichen Bestimmungen haben diese Sätze keinen Grund, man hat sie aber angenommen, weil sie sich aus der Analogie des Fideicommisses mit dem Lehn und der Natur der Rechte des Fideicommißinhabers rechtfertigen lassen und Abweichungen nur durch Partikulargesetze oder statutarische Bestimmung oder den Willen des Gründers (die Stiftungsurkunde) getroffen werden könnten.[1]) Solche abweichende Bestimmungen enthält nun eben das preußische Recht.

Nach § 117 Tit. 4 Th. II A. L. R. ist der Fideicommißbesitzer zu allen das Fideicommiß betreffenden dinglichen Klagen activ und passiv legitimirt, er muß aber im Fortgange des Prozesses die nächsten zwei Anwärter zuziehen oder von denselben Vollmacht beibringen. Daraus folgt, daß wenn der Besitzer klagt, der Verklagte im Wege der Exception die Zuziehung der Anwärter fordern, und daß, wenn der Besitzer verklagt wird, er selbst den Beitritt derselben veranlassen kann. Läßt sich in einem oder dem andern Falle der Gegner des Besitzers auf Verhandlungen mit diesem allein ein, so sind diese Verhandlungen für die sonstigen zum Fideicommiß Berechtigten unverbindlich, wie aus § 31 Tit. 1 Th. I A. G. O., § 258 Tit. 18 Th. I und § 119 Tit. 4 Th. II A. L. R. hervorgeht.[2]) Werden dagegen die beiden nächsten Anwärter

1) Gerber a. a. O. § 84 S. 189.

2) Schwierigkeiten macht die, hier nicht näher zu erörternde Frage, was geschehen solle, wenn die Anwärter auf erfolgte Benachrichtigung den Beitritt zum Prozesse verweigern? Das in den §§ 17 und 18 des Ges. vom 15. Febr. 1840 (G. S. S. 20) vorgeschriebene Verfahren gilt nur für den dort speciell erwähnten Fall und kann auf die hier vorliegende Frage schon wegen Verschiedenheit der Verhältnisse nicht Anwendung finden. Dasselbe ist von dem in § 18 des Gesetzes angeordneten Verfahren zu sagen. Es bleibt daher, da auch keiner der Fälle vorliegt, in denen nach den Vorschriften des Tit. 17 Th. I A. G. O. eine Adcitation gerechtfertigt wäre, nur der Weg übrig, den das Gesetz im § 117 Tit. 4 Th. II A. L. R. selbst anzudeuten scheint, indem dort die Legitimation des Fideicommißbesitzers auf eine vermuthete Vollmacht zurückgeführt wird. Ist diese Ansicht richtig, dann würde Seitens der einen oder andern Partei die in den §§ 123 und 125 Tit. 13 Th. I A. L. R. vorgeschriebene Aufforderung an die Anwärter zu beantragen und durch den Prozeßrichter zu erlassen sein. Geht eine Erklärung derselben in den vorgeschriebenen Fristen (§§ 126 Tit. 13 und §§ 96 fg. Tit. 5 Th. I A. L. R.) nicht ein, so müßte Alles gelten, als wären sie dem Prozesse wirklich beigetreten. Koch scheint übrigens für diese Fälle Adcitation für zulässig zu erachten: Jurist. Wochenschrift 1837 S. 25.

zugezogen oder wird von ihnen Vollmacht beigebracht, so gilt das, was in dem Rechtsstreit durch Erkenntniß oder Vergleich festgesetzt wird, für und wider die ganze Familie und jeden künftigen Besitzer des Fideicommisses; eines Familienbeschlusses bedarf es, um diese Wirkung herbeizuführen, nicht. Das Verhältniß gestaltet sich also im Wesentlichen ebenso wie beim Lehn. Werden die Anwärter nicht zugezogen, so wirken Erkenntniß und Vergleich nicht gegen die Familie und dasselbe gilt auch hier wiederum vom Verzicht und Anerkenntniß; enthalten letztere eine Veräußerung oder Belastung der Substanz, so wird der Besitzer selbst mit Zuziehung der Anwärter keine für die Familie verbindliche Erklärung abgeben können, weil es zur Gültigkeit solcher Handlungen eines Familienbeschlusses bedarf: § 76 Tit. 4 Th. II A. L. R.

2) Wenn nach römischem Recht der Usucapionsbesitzer, nach preußischem Recht der vollständige oder unvollständige Besitzer, beziehungsweise der Inhaber, die Besitzrechtsklage gegen einen Dritten gebraucht, so sind die Verhandlungen dieser nur zeitweise Legitimirten für den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer, überhaupt für den eigentlich Legitimirten unverbindlich. Wenn also später der Eigenthümer seinerseits die dem früheren Verklagten im Vorprozesse etwa zugesprochene Sache von diesem oder einem Dritten vindicirt, so kann ihm weder die exc. rei iud., noch die des Vergleichs u. s. w. entgegengesetzt werden, weil es auch hier überall an der Identität der Personen, welche jetzt und im Vorprozesse sich entgegenstanden, fehlt, und der Verzicht, das Anerkenntniß u. s. w. unverbindlich sind, insofern dieselben nur von demjenigen wirksam abgegeben werden können, der über den Gegenstand des Rechts ohne Einschränkung zu disponiren berechtigt ist. Eine andere Frage ist es, welche Einreden dem Verklagten etwa sonst auf Grund der mit dem Vormann des Klägers vorgenommenen Rechtsgeschäfte zustehen möchten und es ist dabei namentlich daran zu erinnern, daß das preußische Recht die Vindication nur beschränkt gestattet und den Vindicanten zur Entschädigung des gutgläubigen Besitzers verpflichtet. Der umgekehrte Fall, daß gegen denjenigen, der nicht in eigenem Namen besitzt, die Vindication oder die Besitzrechtsklage angestellt wird, ist schon früher besprochen und hervorgehoben worden, welche Wirkung ein solcher Rechtsstreit im Fall der unterlassenen Nomination für den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer zu haben pflegt.

Für die weiter zu erörternden Fälle trennen wir das römische und preußische Recht.

3) Wenn ein anderer als der Eigenthümer oder Usucapionsbesitzer, also z. B. der Nießbraucher, Pfandgläubiger, Emphyteuta, die actio

neg. oder conf. anstellt, so sind die prozessualischen Verhandlungen desselben für den eigentlich Berechtigten unverbindlich. In den oben angeführten Stellen werden sie zwar überall als zur Sache legitimirt angesehen, aber nirgends wird hervorgehoben, welchen Einfluß ihre Handlungen auf das Recht des Eigenthümers haben und namentlich ist nicht davon die Rede, daß aus dem Erkenntnisse, welches in dem zwischen ihnen und Dritten geführten Prozesse ergangen ist, irgendwelche Verbindlichkeiten für den Eigenthümer erwachsen.[1]) Es muß auch im Allgemeinen behauptet werden, daß Urtheil und Vergleich für den Eigenthümer unverbindlich sind, weil auch hier das Erforderniß der Personen-Identität fehlt; dasselbe gilt auch vom Verzicht und Anerkenntniß, weil weder der Pfandgläubiger noch der Nießbraucher u. s. w. selbständig über die Substanz zu verfügen berechtigt sind. Eine Ausnahme von dieser Regel läßt sich nur dann denken, wenn dem Eigenthümer doloses Benehmen zur Last fällt, also in dem Falle, daß er von dem Prozesse zwischen dem zeitweise Legitimirten und dem Dritten Kenntniß erhält und dennoch sich an demselben nicht betheiligte. An einem ausdrücklichen Zeugniß für diese Regel fehlt es, aber man ist berechtigt, sie aus andern Bestimmungen des römischen Rechts, namentlich aus der schwierigen und oft interpretirten l. 63 Dig. de re iud. (42, 1) abzuleiten. Auch in dieser Stelle ist von der Frage, die hier allein interessirt, nicht die Rede, aber die dort zugelassene Ausnahme von den sonstigen Regeln über die Wirkung der res iudic. ist, wie auch Savigny anerkennt,[2]) nicht auf die vom Juristen dort genannten Beispiele zu beschränken. Das Entscheidende ist, daß der principaliter Legitimirte die Klage nicht anstellt, sondern die Prozeßführung dem nur an zweiter Stelle Berechtigten überläßt. Nach der Grundregel über die exceptio rei iud. müßte das Urtel für den ersteren ohne jede Wirkung sein, aber er soll alle Vortheile und Nachtheile aus der res iudicata haben und tragen, weil es in seinem Willen lag, daß der Prozeß mit dem andern geführt wurde. Auf diese Einwilligung des an erster Stelle zur Klage Berechtigten gründet der Jurist den Satz: scientibus sententia, quae inter alios data est, obest, cum quis de ea re, cuius actio vel defensio primum sibi competit, sequenti agere patiatur, und derselbe erscheint so natürlich und dem wahren Wesen des Rechts so vollkommen entsprechend, daß er offenbar ebenso für den Eigenthümer eines Grundstücks, der hauptsächlich zur actio confessoria und negatoria

---

1) Savigny VI, S. 481 Note kk.
2) System VI, S. 477 a. E.

legitimirt ist und wissentlich dem Nießbraucher oder Pfandgläubiger die Prozeßführung überläßt, gilt, als für den Pfandgläubiger, der, statt die aus dem Besitz entkommene Sache mit der actio hypothecaria zu verfolgen, es dem debitor pignoris überläßt, die Rückgabe mit der rei vindicatio zu fordern.[1]) Für den hier gedachten Fall also werden wir die Regel, daß die Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten verbindlich sind, modificiren müssen. Die Ausnahme bezieht sich jedoch nur auf die Wirkung des Erkenntnisses; zu Vergleichen, Verzichten und anderen gleich wirkenden Rechtshandlungen kann der Nießbraucher, der Pfandgläubiger u. a., auch unter der Voraussetzung der scientia des dominus nicht für berechtigt erachtet werden.

4) Für das preußische Recht sind noch folgende Fälle zu berücksichtigen:

a) Stellt der unvollständige Besitzer eine negatorische Klage an, welche die Substanz des im unvollständigen Besitze befindlichen Grundstücks betrifft, so darf dieselbe nach § 10 Tit. 19 Th. I A. L. R. nicht eingeleitet werden. Geschieht es dennoch und unterläßt es auch der Verklagte, sich durch die exc. def. leg ad c. zu schützen, so sind, wie eben aus der angeführten Vorschrift und aus dem über die Erfordernisse einer gültigen Prozeßhandlung Gesagten hervorgeht, die Verhandlungen des unvollständigen Besitzers für den Eigenthümer und vollständigen Besitzer unverbindlich.

b) Dasselbe gilt, wenn gegen den unvollständigen Besitzer confessorisch geklagt wird. Eine Ausnahme findet nur bei dem Nießbrauch statt.

c) Wird aber gegen den unvollständigen Besitzer negatorisch geklagt oder stellt derselbe die actio confessoria allein, d. h. ohne Zuziehung des Eigenthümers oder vollständigen Besitzers an, so kömmt die Sache in beiden Fällen ebenso zu stehen, als wäre der Fideicommißbesitzer im Prozesse allein aufgetreten. Im ersteren Falle ist nämlich der unvollständige Besitzer an sich zur Sache passiv legitimirt, aber er kann, wenn er das streitige Recht als ein dem Grundstück zustehendes ausübt, die Zuziehung desjenigen fordern, von welchem er sein Recht herleitet; die geeignete prozessualische Form dafür ist die Nomination. Erklärt sich darauf der Eigenthümer überhaupt nicht oder behauptet derselbe, daß ihn der Rechtsstreit nichts angehe, so muß er das zwischen dem unvollständigen Besitzer und dem Kläger ergangene Erkenntniß wider sich gelten lassen: § 39 Tit. 17 Th. I A. G. O.; aber auch nur dieses,

1) Dies ist der in der Stelle behandelte Fall. Vergl. über dieselbe Savigny VI, 476 und namentlich Keller: Litiscont. S. 372 fg., auch Koch: Jurist. Wochenschrift für 1837 S. 23, der jedoch eine zu unmittelbare Beziehung auf die hier zu erörternde Frage in dem Gesetze finden will.

weil der unvollständige Besitzer zu Vergleichen, Verzichten u. s. w. nicht befugt ist. Nimmt dagegen der Verklagte den Prozeß allein auf sich, so wird zwar nach dem Antrage des Klägers erkannt werden müssen, aber das Urtel ist nach der deutlichen Bestimmung des § 35 a. a. O. für den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer von keiner Wirkung und dasselbe muß von Vergleichen u. s. w. in noch höherem Grade gelten. Stellt ferner der unvollständige Besitzer die a. conf. an, so kann der Verklagte die Einlassung auf den Prozeß nicht mit der exc. def. leg. ad c. verweigern, weil Kläger an sich zur Sache activ legitimirt ist, aber es steht ihm offen, die Zuziehung des vollständigen Besitzers oder Eigenthümers zu fordern, wie es in gleichem Falle zulässig ist, wenn der Fideicommißbesitzer ohne Zuziehung der Anwärter geklagt hat. Läßt sich der Verklagte indeß auf den Prozeß mit dem unvollständigen Besitzer allein ein, so ist das ergehende Erkenntniß für den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer unverbindlich und dasselbe gilt von Vergleichen, Anerkenntnissen, Verzichten u. s. w., zu welchen der Kläger sich etwa veranlaßt gefunden hat. Für den Nießbraucher ist nach preußischem Recht die schon hervorgehobene Bestimmung des § 82 Tit. 21 Th. I A. L. R. von Bedeutung. Wird eine, das im Nießbrauch befindliche Grundstück betreffende dingliche Klage gegen den Eigenthümer allein gerichtet, so muß sich der Nießbraucher das selbstverständlich gefallen lassen; wird sie aber gegen den Nießbraucher allein gerichtet, so hat dieser zwar nicht die exc. def. leg. ad c., aber der Kläger setzt sich der Gefahr aus, den Prozeß mit dem Eigenthümer wiederholen zu müssen. Denn unterläßt der Nießbraucher die Zuziehung des letzteren, so sind nach der Vorschrift des § 83 a. a. O. die prozessualischen Handlungen des Verklagten für den Eigenthümer unverbindlich und der Kläger wird daher von Anfang an sicherer gehen, wenn er die Klage gleich gegen den letzteren richtet.

Aus allen diesen Sätzen folgt wohl das Eine mit Gewißheit, daß das Klagerecht des unvollständigen Besitzers, so weit es theoretisch anerkannt werden muß, doch von unverhältnißmäßig geringerer praktischer Bedeutung ist. Anders würde es sein, wenn auch nach preußischem Recht schon die bloße Kenntniß von dem Prozesse den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer verpflichtete, das zwischen dem unvollständigen Besitzer und dem Dritten ergangene Erkenntniß wider sich gelten zu lassen — und darin liegt doch unzweifelhaft der Schwerpunkt der hier erörterten Frage — und, was Rechtens daraus folgt, anzuerkennen. Aber das Gesetz erklärt die Verhandlungen des nur zeitweise Legitimirten dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer gegenüber für unverbindlich, wenn nicht die Zuziehung der letzteren zum Prozesse erfolgt. Wie

diese geschehen solle, ist nicht einmal überall bestimmt und immer ist sie mit so mannigfachen Weitläuftigkeiten verknüpft und verlängert die Auseinandersetzung der streitenden Parteien dergestalt, daß der Regel nach dem unvollständigen Besitzer daran gelegen sein wird, die Führung derjenigen Prozesse, welche die in seinem Besitz befindlichen Sachen betreffen, dem Eigenthümer oder vollständigen Besitzer zu überlassen, und dem Dritten, der eine Klage rücksichtlich solcher Sachen anzustellen genöthigt ist, immer zu rathen sein wird, dieselbe gegen den Eigenthümer allein oder wenigstens gegen diesen und den unvollständigen Besitzer gemeinschaftlich zu richten, wie in gleichem Falle zu empfehlen ist, den Lehnsherrn und den Vasallen, den Fideicommißbesitzer und die Anwärter gemeinschaftlich als Verklagte in Anspruch zu nehmen. Nur wo aus thatsächlichen Hinderungsgründen dieser Weg in dem einen oder dem andern Falle verschlossen ist, wird das Klagrecht des unvollständigen Besitzers und damit auch die hier angeregte Frage erhöhte praktische Bedeutung gewinnen.

Jedenfalls gehört diese Frage, wie dies auch von der Lehre von der Sachlegitimation im Allgemeinen behauptet werden darf, zu den interessantesten des vaterländischen Rechts. Hineingreifend in die Gebiete des materiellen und des Prozeßrechts, verdient sie gewiß in hohem Grade die Beachtung der Juristen und je weniger sie bisher die Aufmerksamkeit der Rechtslehrer auf sich gezogen zu haben scheint, um so erfreulicher würde es sein, wenn durch den vorliegenden Versuch weitere, eingehende und allseitig prüfende Untersuchungen darüber angeregt würden. Auch im gemeinen Recht war die Lehre von der Sachlegitimation der Parteien lange Zeit hindurch eine der verworrensten und dunkelsten und selbst jetzt, nachdem sie längst so geistvolle und scharfsinnige Bearbeiter gefunden hat, sind noch nicht alle Zweifel gelöst und alle Bedenken endgültig entschieden. In der preußischen Rechtsliteratur hat sich die Lehre noch keiner so sorgsamen Pflege zu erfreuen gehabt und doch bietet sie grade hier — man denke an die mannigfachen Fragen, die sich auch für die Sachlegitimation aus dem Hypothekenwesen ergeben, — besonderes Interesse, aber freilich auch besondere Schwierigkeiten. Letztere erkennen zu lassen und auf einige der wichtigsten Punkte hinzuweisen, ist hier versucht worden und der Verfasser darf es wohl wagen, wenigstens zur Rechtfertigung des für die Arbeit gewählten Weges, an das Wort von Puchta zu erinnern, daß es für den Juristen in vielen Fällen nicht sowohl darauf ankomme, eine Frage definitiv zu beantworten, als sich der Schwierigkeiten derselben bewußt zu werden.

---

## Nr. 2.
## Zum Begriffe des sog. Rechtsbesitzes.

Von Dr. J. Baron, Gerichtsassessor und Privatdocent des Römischen und Preußischen Rechts an der Universität Berlin.

Zum Verständniß des Besitzes[1]) an Rechten scheint es uns nothwendig, eine Skizze des gesammten privatrechtlichen Systems zu entwerfen. Wir fühlen das Gewagte des Unternehmens, welches wir beginnen, die Schlüpfrigkeit des Bodens, auf welchem wir uns bewegen, zudem hören wir die Vorhaltung, daß, um das verhältnißmäßig enggegränzte Gebiet des Rechtsbesitzes zu erforschen, es nicht nöthig sei, bei den obersten Grundsätzen des Privatrechts anzufangen, und dieselben bis zum Rechtsbesitz herunterzuführen.

Allein das Gefühl der Unsicherheit schwindet vor der Erkenntniß der Nothwendigkeit, und die Mahnung, Schwierigkeiten nicht ohne Noth selbst zu schaffen, trifft im vorliegenden Fall nicht zu. Sind wir doch seit dem Erscheinen von Savigny's Besitz gewöhnt, daß gerade in der Lehre vom Besitz auf die Grundwahrheiten des Privatrechts zurückgegangen wird! Es liegt hierin der Beweis, daß unsre Lehre mehr als ein andrer Theil des Privatrechts die Anforderung stellt, mit den obersten Lehrsätzen des Privatrechts sich auseinanderzusetzen; um wieviel mehr muß dies der Fall sein bei der Lehre vom Rechtsbesitz, seitdem die gemeinrechtliche Praxis früherer Jahrhunderte unter den Rechten die Obligationen, die familienrechtlichen Befugnisse, ja selbst staatliche und kirchliche Rechte zusammengefaßt hat. Hier also scheint gerade der Ort zu sein, um die Stellung der verschiedenen Rechtsinstitute zu einander, ihr gegenseitiges Verhalten, ihre gemeinsame Grundlage und ihre specifischen Eigenthümlichkeiten mit wenigen Worten zu entwickeln. — —

Wir gehen davon aus, daß das Privatrecht dazu geschaffen ist,

1) Nach den Grundsätzen, welche ich in meinen Abhandlungen aus dem Preuß. Recht Nr. 1 entwickelt habe, müßte ich streng genommen den Ausdruck „Rechtsbesitz," soweit es sich bloß um die Interdicte (das Summariissimum) handelt, vermeiden. Indeß habe ich ihn dennoch in diesem Aufsatz gebraucht, weil er bisher herkömmlich ist, und es mir hier nicht darauf ankommt, die Gewahrsam und den Besitz einander gegenüberzustellen.

um die freie Persönlichkeit walten zu lassen; es soll das Reich sein, in welchem dem Principe nach sie und nur sie herrscht; es soll das Gebiet sein, in welchem nur ihr Wille zur Geltung kommt.

Wem dieser Grundgedanke des Privatrechts nicht schon aus der Grundanschauung der privatrechtlichen Institute entgegentritt, dem muß er sich aus der Vergleichung des Privatrechts mit dem öffentlichen Recht ergeben.

Denn im öffentlichen Recht verschwindet die individuelle Persönlichkeit vor der Majestät des Staates. Der Unterthan ist verpflichtet, Steuern zu zahlen, sei es mit Rücksicht auf sein Vermögen oder nicht (Kopfsteuer). Der Unterthan ist verpflichtet (nicht bloß berechtigt) ein staatliches Amt zu bekleiden; er ist verpflichtet, seine Persönlichkeit, sein Leben für den Staat hinzugeben, sei es, wie heutzutage immer, im Kriege, oder wie es noch Römischer Brauch war, um den Staat von einer übernommenen Verbindlichkeit zu befreien.

Diese Uebermacht des öffentlichen Rechts zeigt sich nicht bloß in dem Römischen Satze: jus publicum privatorum pactis mutari nequit, sie ragt mit ihren Spitzen selbst in das der Persönlichkeit als ihr eignes Reich zugewiesene Gebiet, in das Privatrecht, hinein: denn der Unterthan ist beschränkt in seinem Eigenthum durch die sog. Legalservituten, die Berg- und Forstordnungen, ja die Beschränkung geht bis zur Aufhebung des Eigenthums, welche durch das sog. Expropriationsrecht des Staats herbeigeführt wird;[1]) der Unterthan ist beschränkt in seiner Fähigkeit und Berechtigung, Verträge gewisser Art zu schließen, er wird an gewisse Formen gebunden u. s. w.

Abgesehen von diesen in das Privatrecht sich hineinziehenden Ausläufern des öffentlichen Rechts ist die privatrechtliche Persönlichkeit frei: in dem doppelten Sinne frei, daß sie einerseits einem Dritten nicht unterworfen ist, andererseits alles von ihr Unterschiedne (Sachen, Menschen) sich zu unterwerfen strebt. — —

Die Freiheit, der geltende Wille der Person zeigt sich aber seinem Inhalte nach in zwiefacher Weise.

Er kann zunächst ohne ein äußerliches Object sein und sich selbst zu seinem Inhalt haben; wir können dann sagen, er bleibe in sich zurückgezogen, er beziehe sich auf sich selbst. Die Erscheinung des also gestalteten Willens zeigt sich in der mannigfachsten Weise, und jede dieser Erscheinungen hat, da sie etwas Substantielles ist, Anspruch darauf,

---

1) Daher die frühere falsche Ansicht von dem dominium eminens des Staats an allem Privateigenthum.



ein Recht (im subjectiven Sinne) genannt zu werden. Es gehört hierher das Recht auf die Existenz, und die Unverletzbarkeit dieser Existenz nach der körperlichen und geistigen Seite, also das Recht zu leben, und an seinem Körper und Geist unbeschädigt zu leben, das Recht als rechtsfähiges Subject anerkannt zu sein, insbesondere das Recht als ehrenhaft und selbständig (nicht alieno juri subjectus) zu gelten.

Daß die Römer von dem auf sich selbst bezogenen Willen der Person nicht dem Begriffe nach sprechen, darf uns nicht Wunder nehmen; ihr intellectueller Gesichtskreis ging nicht auf die rein wissenschaftliche Anschauung eines Begriffs; „die uns geläufige Form ätherischer Abstraction fehlte ihnen;“ desto mehr war ihr Sinn dahin gerichtet, die practischen Seiten herauszukehren,[1]) und er hat in der That jenen Begriff in unzähligen Einzelfällen durch die actio injuriarum anerkannt.[2])

Weiter ging die neuere Zeit.

Die philosophische Richtung drängte dazu, geistigere Erscheinungen des Begriffes ins Auge zu fassen, und den Begriff selbst im sprachlichen Ausdruck plastisch zu gestalten. Das waren die res merae facultatis, von denen die Lehrer des Gemeinen Rechts im vorigen Jahrhundert sagen, daß sie Ausfluß der natürlichen Freiheit seien, und daß sie als die einfachsten zugleich aber die wesentlichsten Erscheinungen der Persönlichkeit nicht verjährt werden können.[3])

Allein die actio injuriarum in der Römischen Ausdehnung ist uns längst verloren gegangen, wenn sie auch in den Pandectencompendien noch in ihrem vollen Umfange vorgetragen wird.[4]) Und die res merae facultatis finden sich in den Darstellungen des Gemeinen Rechts, wenn es hoch kommt, in einer Note erwähnt,[5]) wie sehr ihr Verständniß dem

---

1) Kierulff's Theorie des Civilr. S. 342 Note. Gans über die Grundlage des Besitzes S. 58. Kuntze die Obligat. S. 5.

2) Vgl. namentlich Keller Institutionen S. 144 f. und die gebräuchlichen Pandectencompendien. Danach gilt als Anlaß zur act. injur. die Beraubung der Geisteskräfte (l. 15 pr. de injur. 47, 10), die Beschränkung der persönlichen Freiheit (l. 11 § 9 eod.), Störung in der Ausübung von Privat- oder öffentlichen Rechten (l. 13 § 7 l. 24 eod. l. 25 de act. emt. vend. 19, 1. l. 2 § 9 ne quid in loc. publ. 48, 8), Eindringen in die Wohnung (l. 23 de injur. 47, 10), Anstellung einer Klage aus Chicane (l. 13 § 3 l. 15 § 33 eod.).

3) Vgl. Hommel rhapsod: observ. 33. Leyser Pand. med. 462. Rave de praescript. §§ 13, 179.

4) Ein Ueberbleibsel finden wir in §§ 8, 9 A. L. R. I, 6; es heißt hier, daß der Beschädiger den Beschädigten kränke oder beleidige.

5) So Puchta Pand. § 48 f., Böcking Pand. § 128 N. 9 — Arndts, Brinz erwähnen sie gar nicht, Thibaut — im Register.

Praktiker entschwunden ist, mag man daraus schließen, daß die Redactoren unsres Landrechts, als sie in der Lehre von der Verjährung (I 9 § 505) eine Definition davon geben wollten, sich veranlaßt gesehen haben, in einer Klammer den Lateinischen Ausdruck „res merae facultatis" hinzuzufügen.

Ja, die neuere Zeit scheint diejenigen Fragen, in welchen ihr die Rechte ohne äußerliches Object entgegentraten, mit Absicht bei Seite gedrängt zu haben. Es war früher eine viel ventilirte Frage, wohin das jus occupandi im System zu stellen;[1]) man hat jetzt auf Seiten der Romanisten den Ausweg getroffen, unter den Erwerbsarten des Eigenthums die Occupation aufzuführen, auf Seiten der Germanisten, eine eigne Classe von Rechten, die sog. Regalien, zu schaffen.[2]) — Es ist ferner in neuerer Zeit die Frage aufgeworfen, wie das Verhältniß desjenigen, der eine Offerte gemacht, zu demjenigen, welchem er offerirt, zu bestimmen, und mit welcher Klage er zu schützen sei. Während Scheurl[3]) an die actio mandati denkt, weil jeder Antrag zur Eingehung eines Vertrags einen Auftrag zu einer gewissen Thätigkeit des Adressaten in sich schließt (!), recurrirt Becker[4]) auf die Contractsklage, trotzdem noch kein perfecter Vertrag geschlossen sei. Doch ist er eine Weile bedenklich, und meint: „die Zulässigkeit einer Klage wegen der Offerte ist nicht zu bezweifeln; ist es keine andre, so ist es die actio doli."[5])

Dahingegen hat man die actio de patria potestate negativa unverändert beibehalten, den ihr zu Grunde liegenden Gedanken aber dennoch übersehen, weil man die Rechtsfähigkeit überhaupt nicht als substantielles Recht, sondern höchstens als Voraussetzung von Rechten construirte.[6]) — — —

Der Wille der Person kann aber (und das ist seine zweite Erscheinungsweise) aus sich heraustreten und sich an einem natürlichen Objecte zur Geltung bringen. Wenn der in sich zurückgezogene Wille der Person schon als etwas Objectives, Substantielles erschien, so muß dies noch mehr von dem aus sich herausgetretenen, auf einen Naturgegenstand bezognen Willen gelten. Dieser Wille enthält eine Macht,

1) Vgl. Thibaut Civil. Vers. II, 52 f., und die hier Citirten.

2) Gerber hinwiederum (deutsches Privatr. § 92 f.) behandelt auch die Regalien, so weit sie überhaupt nicht Ausflüsse der Landeshoheit sind, unter den modi acquirendi dominii.

3) In Gerber's und Ihering's Jahrb. 1858 S. 274 f.

4) In seinem und Muther's Jahrbuch 1858 S. 367 f.

5) a. a. O. S. 368. Warum nicht lieber eine actio injuriarum?

6) Vgl. insbes. Böcking's Pand. §§ 30, 31.

eine Herrschaft, ausgeübt von dem Individuum an einem Gegenstande, der seinem Willen unterworfen sein soll. Diese Gegenstände sind, um mit Hegel[1]) zu sprechen, die äußere Sphäre des Daseins der Person. Allein die Macht der Thatsachen tritt hier dem Willen der Person gegenüber.

Denn die Naturgegenstände sind zum Theil ebenso willenskräftig als die einzelne Persönlichkeit (die Menschen), zum Theil zwar geht ihnen der Wille ab, aber sie sind mit animalischer Lebenskraft begabt (die Thiere), zum Theil endlich fehlt ihnen zwar auch die letztre, allein der Wille der Person ist trotzdem ohnmächtig und kann sie nicht bezwingen.

Diese Macht der Thatsachen muß das Recht anerkennen, denn die einzelnen Rechte sind nichts als die von dem Willen der Person hervorgerufnen und von ihm getragnen Thatsachen. Wie dürfte sich also das Recht zu ihnen in Widerspruch setzen? Zwar auch dies ist geschehen, indem man Fictionen aufstellte, welche die Constructionen eines Rechtsverhältnisses ermöglichen und seinen Zusammenhang mit dem systematischen Baue des Privatrechts herstellen sollten. Allein die neuere Rechtswissenschaft wendet sich immer mehr von den Fictionen ab. Bereits sind die prätorischen Fictionen als die äußeren Hülsen erklärt, in denen ein neuer Rechtsgedanke groß gezogen wird, und welche abgestreift werden, wenn er zur Reife gediehen ist.[2]) Bereits hat man sogar diejenigen Fictionen, welche die Doctrin noch heute gebraucht, als unstatthafte Handhaben der juristischen Construction verbannen wollen.[3]) Wie dem auch sei: Fictionen, Annahmen von Thatsachen im Widerspruch mit der Wirklichkeit, bleiben die Ausnahmen; die Regel ist, daß das Recht die Thatsachen anerkennt.

Und es hat sie gerade bei Aufrichtung des systematischen Baues des Privatrechts anerkannt.

Da Luft, Meer von der einzelnen Person sich nicht unterwerfen lassen, zugleich aber der Wille des Einzelnen Theile von ihnen gebrauchen kann und wirklich gebraucht: so hat sie das Recht für res communes omnium erklärt.

Da ferner die Thiere in ihrer natürlichen Freiheit, vermöge ihrer animalischen Lebenskraft, mächtiger sind als der Wille des Menschen, so hat das Recht sie nur so lange sie vom Menschen gebändigt oder sofern sie zahm sind, als dem Eigenthum unterworfen erklärt.[4])

---

1) Rechtsphilosophie § 41.
2) Kuntze die Oblig. S. 89.
3) Köppen die Erbschaft S. 164.
4) § 12 J. de rer. div. 2, 1: Quicquid autem eorum (scil. animalium) ceperis,

Da endlich dem Menschen, welcher einen andren Menschen in seine äußere Sphäre hineinziehen will, ein Wille entgegentritt, gleich kräftig und mächtig als der seinige, an welchem sich eine Herrschaft nicht ausüben läßt, — da aber ferner ein rechtlicher Grund [1]) vorhanden sein kann, daß der Eine gegenüber dem Andren seinen Willen zur Geltung bringen darf: so hat das Recht das Sachenrecht vom Obligationenrecht geschieden.

Verweilen wir jetzt noch etwas länger bei der Erörterung des Begriffs des Sachen- und Obligationenrechts.

Diejenigen Sachen, welche der Herrschaft des Menschen widerstreben, sind, wie oben ausgeführt, aus dem Privatrecht ausgeschieden; das was übrig bleibt, unterliegt also der unumschränkten Willensthätigkeit des Menschen; der Mensch kann die Sache einerseits gebrauchen, verzehren, vernichten, andrerseits sie unverändert lassen, sich von ihr ganz zurückziehen, sie veräußern. Alles dies, so verschiedenartig es in sich ist, ist Willensthätigkeit, ist Ausströmung geistiger Kraft; denn auch das momentane Ruhen des Willens oder seine Selbstaufhebung, ist das Product des schaffenden, wirkenden Geistes, es ist die Selbstbeschränkung des Willens.

Ganz anders ist es bei den Obligationen. Daß die Obligation auf eine Handlung (des Schuldners) geht, ist allgemein anerkannt; die gemeine Meinung geht aber weiter; sie sagt, die Obligation ist das Recht an einer aus der Freiheitssphäre des Schuldners ausgeschiedenen bestimmten Handlung. Damit setzt sich die gemeine Meinung in einen Widerspruch zu den Thatsachen, zur Wirklichkeit. Denn die Handlung eines Menschen ist Ausfluß seines Willens, seiner Freiheit; diese Freiheit einzuschränken und den fremden Willen zu unterwerfen, kann wohl beabsichtigt sein, allein nimmermehr kann diese Absicht realisirt werden. Der Schuldner, welcher freiwillig der obligatorischen Verpflichtung nachkommt, handelt unzweifelhaft in Ausübung und Gebrauch seiner Freiheit; verweigert er die Leistung, so kann ihm wohl, wenn die Obligation auf ein dare gerichtet, die Sache weggenommen oder, wenn auf ein facere, er zuletzt in Schuldarrest und dadurch zur Vollziehung des facere bewogen werden. Immer aber bleibt ihm seine Freiheit ungeschmälert, weil sie nicht geschmälert werden konnte.

---

eousque tuum esse intelligitur, donec tua custodia coercetur; quum vero evaserit tuam custodiam et in naturalem libertatem se receperit, tuum esse desinit et rursus occupantis fit. Ebenso l. 3 § 2 l. 4 D. de acq. dom. 41, 1. A. L. R. I, 9 § 108.

1) Welches dieser ist (Vertrag oder Delict), kann hier dahingestellt bleiben, wird jedoch unten noch näher betrachtet werden.

Denn die Institute der Römischen Sclaverei und der deutschen Leibeigenschaft sind aufgehoben, und die deutschrechtlichen Bann- und Zwangsrechte,[1]) die schon heute ein kümmerliches Dasein fristen, werden noch aufgehoben werden — nicht bloß deshalb weil sie den Grundsätzen der Civilisation oder der Nationalöconomie widersprechen, sondern weil sie die Thatsache ableugnen wollen, daß der Wille des Menschen nie unterworfen werde, und weil es ein offenliegender Zug des Rechts ist, überall sich mit den Thatsachen in Einklang zu setzen.

Auch das römische Executionsrecht, in seiner Natürlichkeit aber auch Unvollkommenheit, legt hiefür ein beredtes Zeugniß ab. Auf das Vermögen des Schuldners hatte der Gläubiger keinen Anspruch; denn die Obligatio ging auf eine Unterwerfung der Person des Schuldners. Um dem Gläubiger zu seinem Recht zu verhelfen, mußte erst die Freiheit des Schuldners vernichtet, seine Persönlichkeit aufgehoben werden: das ist das Recht des vendere trans Tiberim.

Der Wille des Schuldners bleibt frei trotz der Obligatio, aus seiner unendlichen Freiheitssphäre ist keine Seite ausgeschieden. Deshalb kann er sich einer mora, einer culpa schuldig machen; er behält das freie Verfügungsrecht über die specielle verkaufte Sache, und kann sie einem Dritten zu Eigenthum übertragen. Wie vermöchte er dies, wenn das Recht nicht die Thatsache anerkännte, daß an einem willensvollen Wesen eine Herrschaft unmöglich ist?

Die Anerkennung dieser Thatsache hat aber nicht etwa zur Folge, daß das Recht die Obligation überhaupt verwirft. Aufgabe des Rechts ist vielmehr, Mittel und Wege zu finden, durch die dem Resultate nach der Gläubiger dasjenige erhält, was er durch die Obligation erstrebt. In der Obligation verpflichtet sich der Schuldner zu einem dare oder facere; will er nicht dare, so wird ihm die Sache fortgenommen; hat er sie bereits verschlimmert, veräußert, oder will er nicht facere, so

---

1) Daß die Bann- und Zwangsrechte nichts als Beschränkungen der Willensfreiheit sind, erklärt ausdrücklich das A. L. R. I, 23 § 1. Man lese auch den nach Cramer observ. jur. univ. T. 3 obs. 963 p. 708 bei Rave de praescr. p. 86 mitgetheilten Fall. Es hatte jemand, der im Bezirke eines Mahlberechtigten wohnte, sein Getreide nach einer anderwärts belegnen Mühle fahren wollen, der Mahlberechtigte aber nahm es ihm auf dem Transport weg und schleppte es nach seiner Mühle. Und dies Verfahren wurde durchaus gebilligt. Daher sagt auch Rave l. c. § 84: Jam quod in specie attinet jura bannaria rei inhaerentia, nemo non cognoscet, involvere illa restrictionem libertatis naturalis adeoque merae facultatis, quia quod alias foret arbitrii et electionis, per jus prohibendi competens degenerat in necessitatem....



liquidirt der Gläubiger sein Interesse, und es werden hierauf von Staatswegen gewisse dem liquidirten Interesse gleichkommende Vermögensstücke des Schuldners dem Gläubiger übertragen. So wird der Widerspruch der Thatsachen versöhnt; die Herrschaft an einem Menschen ist unmöglich, sie kann bloß beabsichtigt, nicht realisirt werden; aber das, was mit der Herrschaft erstrebt wurde, kann auf andrem Wege dem Gläubiger zugeführt werden: dieses Auskunftsmittel hat das Recht ergriffen, die Macht der Thatsachen ist anerkannt, und das Recht ist dennoch erfüllt.

Unsre bisherige Erörterung bezog sich bloß auf die Vertragsobligationen; es ist nöthig, daß wir noch einen Blick auf die obligationes ex lege und ex delicto werfen. Erstre können wir, anknüpfend an die im Eingange erörterte Natur des öffentlichen Rechts, als eine Beschränkung der privatrechtlichen Freiheit der Person durch das öffentliche Recht erklären, mit der Modification jedoch, daß der Wille der Person als etwas Unbeherrschbares anerkannt, und deshalb z. B. erst Klage und richterliches Urtheil zur Verwirklichung der Beschränkung nöthig ist. Letztre (die Delictsobligationen) characterisiren sich als Klagen zum Schutz der Rechte ohne äußerliches Object (z. B. die actio injuriarum) oder der Sachenrechte; aber auch bei ihnen gilt das oben über die Vertragsobligationen Ausgeführte.[1])

Der Angriff, welchen wir im Obigen gegen die gemeinhin anerkannte juristische Construction des Obligationsbegriffes unternommen haben, ist nicht neu. Bereits ist ein ähnlicher Angriff von einem bedeutenden Civilisten, wir meinen Brinz,[2]) ausgegangen. Wie wir, so ist auch Brinz der Ansicht, daß ein Recht an Handlungen sich nicht denken läßt.

Allein Brinz behauptet andrerseits, die Obligation unterscheide sich von den Sachenrechten nicht durch ihren Gegenstand, vielmehr dadurch, daß während die Sachenrechte eine Fülle von Befugnissen und zur Vertheidigung Klagrecht seien, die Obligation ausschließlich Klagrecht sei. Damit scheint Brinz, dessen Angriff auf die gemeine Ansicht aus richtigem Gefühl hervorging, sich wiederum von der Wahrheit entfernt

---

1) Durch Jhering (Abh. Nr. 2, namentlich S. 104 f.) und Delbrück (dingl. Klage § 71) sollte man doch aufmerksam werden, daß die lex Aquilia u. s. w. gerade so gut in die Lehre vom Eigenthum gehört wie die rei vindicatio u. s. w. Thibaut behandelt wenigstens einige (act. comm. divid. aquae pluv. arc., ad exhib., cautio de damno inf.) beim Eigenthum (§ 558—589), ebenso Brinz (Pand. § 64 — § 68).

2) Critische Blätter 1852 Nr. 3.

zu haben. Denn die Obligation ist nicht Klagrecht, sondern sie ist beabsichtigte aber (vermöge der Macht der Thatsachen) nicht zu realisirende Herrschaft über einen Menschen, und sie wirkt bloß Klagrecht; sie wirkt aber auch mehr, nämlich (— man denke einerseits an den Fall der natur. obligatio, wo das Klagrecht fehlt, andrerseits an die cond. indebiti) auch noch das Recht, das Geleistete behalten zu können. Die Sachenrechte hinwiederum sind nicht bloß eine Fülle von Befugnissen, zu denen das Klagrecht noch hinzugetreten ist, sie sind vielmehr realisirte Herrschaft über eine Sache, und die Herrschaft gilt und besteht, mögen jene Befugnisse ausgeübt werden oder nicht.

Gerade die Widerlegung, welche Brinz vermöge der Unvollkommenheit seiner Ansicht von Kuntze erfahren mußte,[1]) und welche eine neue Begründung der alten Ansicht gegeben hat, bemüht sich vergebens zu erweisen, daß Herrschaft über eine Handlung möglich sei. Kuntze giebt zu, daß Handlung Willensäußerung, hervorgehend aus freiem Spiel der Triebe und Motive, und (wie Kuntze es kennzeichnet) „ein inneres Eigenthum des Individuum" sei; nur behauptet er, daß durch objective Ordnungen die Handlung zu einer sittlich, rechtlich nothwendigen werde, daß sie also aus der Freiheitssphäre des Schuldners losgelöst und dem Gläubiger unterworfen werde. Kuntze übersieht, daß was sittlich und rechtlich nothwendig, darum noch nicht immer möglich ist, und daß, was für objective Ordnungen auch aufgestellt werden mögen, das Criterium ihrer Lebensfähigkeit und Dauer in der Anerkennung der Thatsachen besteht. Die obligationes ad faciendum sind ein nicht hinwegzuleugnender Hinweis darauf, daß das Gläubigerrecht sich nicht in der Weise, wie es beabsichtigte, verwirklichen läßt, daß aber das Recht dennoch Mittel und Wege findet, es vollständig, wenn auch in andrer Weise, zu erfüllen.[2]) — — —

Wo das freie Walten der Persönlichkeit aufhört, wo sie vielleicht noch zur Geltung kommt, aber doch nicht um ihrer selbst, sondern um eines höheren Zweckes-willen, da glauben wir das Privatrecht beschließen zu müssen. Wir stellen also nicht in das Privatrecht das sog. Familienrecht. Man hat gesagt,[3]) daß die Familie die Vollendung des Individuum sei, das Familienrecht also ganz eigentlich, gleichsam als

---

1) Kuntze die Obligation § 2 — § 6.

2) Auch wollen wir hier daran erinnern, daß die Rechtsätze: impossibilium nulla est obligatio, sowie der Zufall übt Einfluß auf die Obligation (welchen Einfluß, bestimmt das R. R. und Pr. R. bekanntlich verschieden) nur aus der Anerkennung der Thatsachen durch das Recht sich erklären lassen.

3) Stahl Rechtsphilos. (3. Aufl.) Buch 3 Abschn. 3 § 59 f. Bd. 2 S. 421 f.

höchste Blüthe, in das Privatrecht gehöre. Wir fragen aber: warum gehört nicht ebenso die Gemeinde, oder gar der Staat ins Privatrecht? Beide, mit der Familie verglichen, erscheinen als noch höhere Stufen der Vollendung; sie alle drei aber gehören nicht ins Privatrecht, weil die Persönlichkeit in ihnen nicht frei zur Geltung kommt, weil sie vielmehr unter einer höheren Rechtsordnung steht, welche ihren Willen beugt. Nicht um des Vaters, des Ehemannes wegen ist die väterliche und ehemännliche Gewalt vorhanden, jedenfalls nicht um ihretwegen allein, sie ist nicht minder um derjenigen Personen wegen da, welche der Gewalt unterworfen sind. Deshalb gilt im Familienrecht nicht der Wille des Gewalthabers, sondern die über demselben stehende höhere Rechtsordnung[1]) — deren Natur hier füglich dahingestellt bleiben kann. Man mißverstehe uns aber nicht. Das Familienrecht als solches gehört nicht ins Privatrecht, wohl aber gehören hinein diejenigen privatrechtlichen Rechtsverhältnisse, welche das Familienrecht erzeugt, z. B. der väterliche Nießbrauch. Für diese ist die Familiengewalt nur der Entstehungsgrund; nur als solcher, also nur mit Bezug auf das aus ihr herausgebildete privatrechtliche Verhältniß, und nicht als etwas Selbständiges darf sie im Privatrecht zur Darstellung gelangen.

Wohin endlich, hören wir fragen, gehört das Erbrecht? Auch darauf können wir mit wenigen Worten antworten. Wir unterscheiden das Verhältniß des Erben zum Erblasser und zur Erbschaft. Das erstre, wenn es überhaupt etwas mehr als bloßes Gefühl ist, ist jedenfalls kein privatrechtliches Verhältniß, weil ein solches willensvolle, also lebende Menschen voraussetzt.[2]) Das letztre ist verschieden, wenn man auf die Zeit nach und vor dem Erwerbe der Erbschaft sieht. Nach dem Erwerb findet sich keine Schwierigkeit, der Erbe ist Eigenthümer, dinglich Berechtigter, Gläubiger der Schuldner des Erblassers geworden. Das Erbrecht war in der That nur ein modus acquirendi, und zwar per universitatem; in den Rechten selbst ist nichts anders geworden,

1) Auch hier können wir Brinz als einen Vorläufer nennen. Er sagt (Pand. § 22): Wo immer in einem Rechte zugleich eine Pflicht ist, wie z. B. in der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt, hört der Egoismus des Rechts und damit das Privatrecht auf.... Reines Privatrecht ist einzig das Eigenthum sammt allem Zubehör und Beiwerk — worunter wir auch die Obligationen erblicken. —

2) Damit treten wir durchaus der Puchta-Scheurlschen Ansicht gegenüber, wonach der Erbe die ganze vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers in sich aufnimmt. Wie bestritten es ist, ob das R. R. sich zu dieser Ansicht bekennt, ersieht man aus Ihering's Abhandl. Nr. 3, Köppen's Erbschaft, Windscheid's Aufsatz in der Münchner kritischen Ueberschau I u. Brinz Pand. § 156.

nur die Person des Berechtigten hat eine Aenderung erfahren. Um das Erbrecht in seinem systematischen Kerne zu erfassen, muß man auf die Zeit der **hereditas jacens** sehen, auf die Zeit, wo die Erbschaft wohl deferirt, aber nicht erworben ist. Hier ist es das Recht des berufnen Erben, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, gerade wie es das Recht desjenigen, welchem eine Offerte gemacht wird, ist, auf den Vertrag einzugehen oder ihn abzulehnen; so wie es das Recht des Occupationsberechtigten ist, die Sache zu occupiren oder liegen zu lassen. Alles dieses (auch das Erbrecht) gehört zu den Rechten ohne äußerliches Object; das Individuum ist sich bewußt und will, sowie seine Rechtsfähigkeit überhaupt genießen, so auch insbesondere die Freiheit haben, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, den Vertrag anzunehmen oder abzulehnen, die Sache zu occupiren oder liegen zu lassen. Hat es diese Freiheit ausgeübt, so treten verschiedne aber systematisch zweifellose Verhältnisse ein: das Ausschlagen der Erbschaft läßt das Vermögen des Individuum unberührt; der Antritt führt ihm Rechte aller Art zu, nimmt ihm aber auch möglicher Weise welche; die Occupation enthält stets einen Eigenthumserwerb; die Acceptation der Offerte erzeugt den obligatorischen Vertrag. — — —

Nachdem wir die Grundlagen des Systems als Ganzen skizzirt, wollen wir jetzt, da das Ziel unsrer Erörterung der sog. Rechtsbesitz, zu den Sachenrechten uns wenden und ihren systematischen Bau zu zergliedern suchen.

Ein Gesichtspunkt springt sofort in die Augen, welcher eine Theilung des Sachenrechts in verschiedne Unterabtheilungen nothwendig macht. Die im Sachenrecht enthaltne Herrschaft über eine Sache kann nämlich eine allgemeine, auf die Sache als Ganzes, in allen ihren Functionen gerichtet sein; sie kann aber auch auf eine oder mehrere Functionen der Sache sich beziehen; sie kann also bloß auf das Gebrauchs- oder Verfügungsrecht gehen, oder sie kann selbst aus der Fülle der Gebrauchsarten einer Sache eine einzige Seite (z. B. das Recht zu gehen) herausnehmen, und nur diese zu ihrem Inhalt machen. Diese Unvollständigkeit berührt die Herrschaft nicht in ihrem Wesen, sondern nur in ihrem Inhalt; derselbe wird nicht ein andrer, verschiedenartiger, aber doch ein beschränkter. Der sprachliche Ausdruck freilich ist hinter dieser Erkenntniß zurückgeblieben.[1]) Die Sprache identificirt die volle Herrschaft über eine Sache mit der Sache selbst; während sie die beschränkte, einseitige Herrschaft mit dem Worte „Recht" bezeichnet.

---

1) Vgl. Bruns Besitz S. 477, 478.

Man sagt also „meine Sachen und Rechte," während man doch die volle resp. die beschränkte oder einseitige Herrschaft über eine Sache meint.[1]) Vielleicht werden spätere Zeiten die Unvollkommenheit der Sprache in diesem Punkte berichtigen.

Der andre Gesichtspunkt, welcher mit dem ersten parallel läuft, und deshalb sowohl auf die allseitige als die beschränkte Herrschaft über eine Sache Anwendung findet, bezieht sich auf die Anerkennung, welche die Herrschaft im Rechte findet. Zwar meint man von vornherein, daß, wo keine Anerkennung, auch keine Herrschaft existirt, und daß wenn die Herrschaft dennoch geübt wird, sie wenn nicht als etwas Unrechtliches, so doch jedenfalls als etwas Zufälliges erscheint, welches willkürlich aufgehoben werden kann. Dies ist auch zuzugeben; allein von der vollständigen Nichtanerkennung bis zur vollständigen Anerkennung liegen verschiedne Grade in der Mitte. Vollständige Anerkennung kann nur das Absolute finden; Alles übrige ist sich neben-, über- und untergeordnet, gliedert sich stufenweise, kann deshalb auch nur in beschränktem Maße anerkannt werden. Das Höhere wird anerkannt gegenüber einem Niederen, es verliert die Anerkennung gegenüber dem über ihm Stehenden.[2]) Beispiele hiefür giebt uns der erste Anblick des Rechts. Wir haben oben gesehen, daß im Privatrecht die Persönlichkeit herrscht, zugleich aber, daß sie im öffentlichen Recht von der Majestät des Staats zurückgedrängt, gebeugt wird. Im öffentlichen Recht hinwiederum ordnen sich die Gewalten organisch gegliedert an und übereinander; jede hat ihren Wirkungskreis, nicht bloß als Vertreterin der höheren Gewalt, sondern aus eignem Recht, und dennoch der höheren Gewalt unterworfen bis zum Vernichtetwerden.[3]) Solche Gliederung und Stufenfolge muß der unendlichen Fülle, welche die privatrechtliche Freiheit der

---

1) Merkwürdigerweise ist dies auch der Sprachgebrauch der Römer; sie sagen nicht vindicare, condicere dominium, sondern rem, wohl aber vindicare, petere jus. Dahingegen sagen sie condicere possessionem, u. s. w. Vgl. meine (anonym erschienene) Abhandlung: „Kann eine mit ihrem Ehemann nach den Vorschriften des A. L. R. in der Gütergemeinschaft lebende Ehefrau an den zu dem gemeinschaftlichen Vermögen gehörenden Sachen einen Diebstahl im Sinne des Preuß. Strafgesetzbuchs begehen?" in Schering's Anleitung zur Anfertigung von Referaten u. s. w. S. 184 Note 70.

2) Vgl. hiezu Gans über die Grundlage des Besitzes S. 14, 55, dem ich jedoch nicht überall beitrete.

3) Ist nicht der Staat selbst wieder ein einer höheren Rechtsordnung unterworfner Rechtskörper? Ueber dem Staatsrecht steht das Völkerrecht, über dem Staate die Gesammtheit der Völker, die Menschheit, oder wie man gewöhnlich aber in etwas platter Weise sagt, die allgemeine bürgerliche Gesellschaft.

Person in sich begreift, auch im Privatrecht Statt finden. Sehen wir davon ab, daß wie Gans behauptet, Obligation über Sachenrecht gestellt ist, und beschränken wir uns hier lediglich auf das Sachenrecht, so begegnen uns im geltenden Rechte drei solcher Stufenfolgen. Dieselben sind der Besitz, der redliche Besitz und das Eigenthum. In ihrem Wesen sind sie sämmtlich gleich; sie sind derselbe Wille, der eine Sache ergriffen hat, und sich an ihr bethätigt, derselbe Wille, welcher selbst dann thätig ist, wenn er äußerlich nicht wahrgenommen wird und deshalb scheinbar ruht. Allein in dem Falle, daß der Wille des Besitzers, redlichen Besitzers, Eigenthümers mit einem andren Willen in Collision geräth: erkennt ihn das Recht in verschiedner Weise an. Der Besitzer wird gegen Gewalt u. s. w. geschützt, selbst wenn sie vom Eigenthümer ausgeht; der redliche Besitzer gegen jede Verletzung, wenn sie nur nicht vom Eigenthümer ausgeht; der Eigenthümer endlich fast [1]) gegen jede Verletzung ohne Rücksicht auf die Art der Verletzung oder die Person des Verletzers.

Wir sind jetzt zu dem Punkte gekommen, wo wir die possessio an Rechten entwickeln können. Es geschieht dies durch die Verbindung der beiden Gesichtspunkte, welche uns bei der Eintheilung der Sachenrechte die leitenden gewesen sind. —

Die vollständige Herrschaft über eine Sache, welche eine fast allgemeine Anerkennung genießt, ist der Inhalt des Eigenthums; dieselbe Herrschaft nennen wir bonae fidei possessio, wenn sie die gleiche Anerkennung außer gegenüber dem Eigenthümer und dem gutgläubigen Possessor findet; dieselbe Herrschaft endlich ist Possessio, wenn sie nur gegen Eigenmacht und Vertrauensbruch geschützt wird.

Die beschränkte (oder einseitige) Herrschaft über eine Sache ist das sog. jus in re, die bonae fidei quasi possessio juris, und die juris quasi possessio, je nachdem sie einen dem Eigenthum, der bonae fidei Possessio und der Possessio analogen Schutz genießt.

Schon die eben gebrauchten technischen Ausdrücke [2]) zeigen den Stand der herrschenden Lehre. Bei der vollständigen Herrschaft über eine Sache haben sich für die verschiedenen Rechtsinstitute drei technische

---

1) Bestimmter vermögen wir uns nicht auszudrücken; man denke an diejenigen Legalservituten, die lediglich den Vortheil der Nachbaren bezwecken.

2) Der Ausdruck „b. f. possessio juris“ ist freilich kein technischer; das hat in der herrschenden Lehre über die b. f. possessio seinen Grund; denn man behandelt sie gewöhnlich nur bei Gelegenheit (in der Lehre von der Ersitzung und bei der Darstellung der Publiciana in rem actio), nicht aber als selbständiges Rechtsinstitut.

Bezeichnungen gebildet, welche die Verbindung der beiden Momente „Wille“ über eine „Sache“ enthalten. Bei der beschränkten Herrschaft finden wir nur einen solchen: das dem Eigenthum parallel laufende jus. Da man eines ferneren Ausdrucks für die dem Sachbesitz analoge beschränkte Herrschaft über eine Sache bedurfte, so bediente man sich einer Verbindung der Worte jus und possessio, fügte aber zugleich im Anschluß an einige Stellen des corpus juris das bedeutsame Wort quasi hinzu. Man könnte in diesem Zusatze den Hinweis finden wollen, daß die Zusammenstellung der Worte jus und possessio nur eine aushilfliche, aus einem sprachlichen Mangel hervorgegangne sei.

Diese Auslegung wird aber jedenfalls nicht von den Quellen des Römischen Rechts unterstützt. Indem wir uns jetzt zu ihrer Betrachtung wenden, schicken wir die Bemerkung voraus, daß da einerseits die dinglichen Rechte im R. R. einen ganz beschränkten Umfang haben, andrerseits selbst einige von diesen unter die corporis possessio gebracht sind, die juris quasi possessio sich nur auf Servituten und — was aber bekanntlich controvers ist[1]) — auf die Superficies beziehen kann.

Die Römischen Juristen sind in ihrem Sprachgebrauch bei diesem Punkte höchst schwankend. In einigen Stellen[2]) leugnen sie jede Possessio an einem jus, und man könnte zu der Annahme veranlaßt werden, es geschehe dies aus dem Grunde, weil der Ausdruck Possessio einen bestimmten technischen Sinn bereits empfangen und nur die vollständige Herrschaft über eine Sache bedeute.[3]) Allein in andren Stellen nehmen sie die Possessio juris ebenso entschieden an,[4]) in noch andren endlich sprechen sie von einer juris quasi possessio.[5])

Dieser schwankende Sprachgebrauch findet in historischen Thatsachen seine Erklärung.[6])

---

1) Denn auch die Superficies wird von einigen zum sog. abgeleiteten Besitz gestellt.

2) l. 1 § 8 quod leg. 43, 3. In l. 32 § 1 de serv. pr. urb. 8, 3 heißt es: natura enim servitutum ea est ut possideri non possint sed intelligatur possessionem earum habere, qui aedes possidet.

3) So heißt es ja in l. 3 pr. de poss. ausdrücklich: Possideri possunt quae sunt corporalia und in l. 4 § 27 de usurp. 41, 3: nec possideri intelligitur jus incorporale.

4) l. 7 de itin. 43, 19. l. 2 comm. praed. 8, 4. l. 2 § 3 de prec. 43, 26. Davon, daß auch l. 10 C. de poss. 7, 32 von einer possessio juris handle, wie nach Cupernus, Savigny (Besitz S. 210 Nr. 2) und Bruns (Besitz S. 77) annehmen, können wir uns nicht überzeugen.

5) l. 3 § 17 de vi 43, 16. l. 23 § 2 ex quib. caus. maj. 4, 6. l. 10 pr. si serv. vind. 8, 5. Gai. 4, 139.

6) Vergl. Bruns Besitz § 9.

Die Formeln der Interdicte bei Wege- und Wasserservituten sind nämlich auf die Ausübung (das itinere uti, aquam ducere, aqua uti) gestellt; eine Vergleichung mit der possessio rei ist in ihnen nicht wahrzunehmen. Ein Gleiches gilt von der Superficies, deren Interdictsformel auf das frui superficie gerichtet ist.

Bei dem ususfructus ferner wollte Ulpian das interd. uti possidetis und unde vi direct geben,[1]) während Andre nur utiliter beide Interdicte zuließen.[2])

Bei Gebäudeservituten wurde in gewissen Fällen, wenn nämlich Störung der Servitut zugleich Störung der Possessio am Hause enthielt, sicherlich von den gewöhnlichen Interdicten Gebrauch gemacht;[3]) ob dies aber in allen Fällen geschah, wie Savigny unter Widerspruch von Bruns behauptet, läßt sich wohl nach dem Stande der Quellen nicht beurtheilen.

Alles dies weist darauf hin, daß die Römer einen streng entwickelten Begriff der juris quasi possessio gar nicht hatten. Der Prätor hatte je nach dem practischen Bedürfniß für die Servituten neue Interdicte eingeführt, resp. die alten ausgedehnt; der Zusammenhang derselben aber mit den Interdicten des Sachbesitzes wurde selbst von den Römischen Juristen nur wenig erkannt; nirgends findet sich eine Andeutung, daß die juris quasi possessio eine beschränkte Herrschaft, wie die possessio die volle, enthalte; nirgends ferner das Bestreben, einen technischen Namen für den neuen Begriff zu finden. Der Begriff selbst war noch nicht festgestaltet, deshalb wird er bald geleugnet, bald wiederum jede Anfechtung gegen ihn beseitigt, bald endlich ein Monstrum, die juris quasi possessio, zu seiner Bezeichnung gewählt.[4])

Durch jene Unvollkommenheit waren aber die Römer dafür behütet, daß sie die Possessio auf Obligationen (besser: Menschen) ausdehnten. Eine solche Ausdehnung ist schlechthin undenkbar. Denn Possessio ist Herrschaft, Obligatio aber angestrebte, beabsichtigte aber nicht realisirte Herrschaft. So wenig der Begriff des Eigenthums, welches gleichfalls,

---

1) Vgl. l. 1 § 8 quod leg. 43, 3 (Worte: est quaesitum). l. 3 § 13—17. de vi 43, 16. l. 4 uti poss. 43, 17.

2) Vat. fragm. § 90.

3) l. 3 § 5 — § 7 uti poss. 43, 17.

4) Ob die Römer auch an der Erbschaft sowie an Freiheit und Ingenuität Possessio annahmen oder den Ausdruck possessor nur zur Bezeichnung des Beklagtenverhältnisses brauchten, ist streitig (vergl. Bruns § 3 ff.); jedoch steht so viel fest, daß sie jedenfalls, wenn sie derartige possessio kannten, daraus keine practischen Folgen gezogen haben.

aber in noch höherem Grade als Possessio, Herrschaft ist, auf die Obligatio übertragen werden kann, ebensowenig ist dies bei der Possessio möglich. Damit wollen wir nicht leugnen, daß ein positives Gesetz wohl die Anordnung treffen könne, daß z. B. wer mehrere Jahre lang Zinsen gezahlt hat, diese bis er seine Nichtschuld nachgewiesen, weiter zahlen müsse. Diese positive Vorschrift, so unbillig sie wäre, wäre denkbar und möglich; sie enthielte aber immer noch nicht die Anwendung der Possessio auf Obligationen; es wäre unlogisch anzunehmen, daß der Zinsenempfänger die Possessio des Rechts auf Zinsempfang hätte, weil die bisherigen Zinszahlungen immer freie Handlungen des Zahlenden geblieben waren, über die sich eine Herrschaft nicht denken läßt. Wo aber ein solch unbilliges Gesetz nicht existirt, sondern nur allgemein „vom Besitz der Rechte“ die Rede ist, da werden wir uns streng auf die Sachenrechte beschränken.

Dabei meinen wir aber nicht bloß die Sachenrechte des Römischen Rechts. Die Freiheit des Eigenthums, ein nationalöconomischer Grundsatz der Römer, hat diese zu einer Beschränkung der dinglichen Rechte geführt; die mittelalterliche Mannigfaltigkeit hat auch ein vielgestaltiges System der dinglichen Rechte erzeugt. An ihnen allen muß eine mit dem Leben fortschreitende Wissenschaft Possessio zugestehen, und es ist daher der possessorische Schutz der Reallasten, wie er durch die Praxis des gemeinen Rechts entwickelt worden ist, juristisch durchaus zu rechtfertigen. Die ältere Rechtsansicht, welche die Reallasten allgemein als dingliche Rechte, wenn auch unter den monströsen Gestalten der servitutes in faciendo oder der obligatio fundi auffaßte, ist neuerdings angegriffen und dafür der Begriff einer durch einen Zustand erzeugten Obligation aufgestellt worden.[1]) Wir vermögen aber dieser Ansicht nicht beizustimmen, weil sie dem Realberechtigten die Herrschaft über die Sache entzieht, und an ihre Stelle die persönliche Verpflichtung des Grundbesitzers setzt. Auch bietet das Pfandrecht eine durchaus passende Analogie, um danach die Reallast als dingliches Recht zu construiren. Sowie der Pfandgläubiger befugt ist, die verpfändete Sache zu verkaufen, um sich aus dem Erlöse in Höhe eines bestimmten Betrages zu befriedigen, so ist der Realberechtigte in gleicher Weise zum Verkauf der Sache, und zwar wiederkehrend und wiederholentlich berechtigt. Bald ist das Verkaufsrecht das Ueberbleibsel eines durch Constituirung eines erblichen Nutzungsrechts beschränkten Eigenthums, bald der Entgelt für Schutz, Vogtei, Gerichtsbarkeit, bald endlich (bei der Rente) das Aequivalent

1) S. Gerber D. Pr. R. § 168 N. 1, welchem Savigny Oblig. R. I, 34 beistimmt.

für den Gebrauch eines Capitals. Gerade in dem letzten Falle zeigt sich nicht bloß die Aehnlichkeit, sondern die Gleichheit der Reallast und des Pfandrechts; denn auch beim Pfandrecht kann die Sache nicht bloß für die Hauptforderung sondern auch die Zinsen haften.[1]) Daß der Grundstücksbesitzer die fällige Prästation leistet, ist bloß ein Abwehrmittel gegen die Ausübung des Verkaufsrechts Seitens des Realberechtigten, steht unsrer Auffassung also nicht entgegen.

Dienste und Frohnden können nur so lange zu den Reallasten gerechnet werden, als die Freiheit der Person nicht anerkannt ist, die Person vielmehr theilweis als unfrei gilt, wie ehemals die Sclaverei völlige Unfreiheit der Person in sich schloß. Daß demnach das Gemeine Recht auch hier einen possessorischen Schutz eintreten läßt, hat in einem tieferen Princip seinen Grund. Ein Gleiches gilt von den Bann- und Zwangsrechten.[2])

Die Praxis des Gemeinen Rechts hat aber den Besitz nicht auf Sachen beschränkt, sondern diesen Begriff in andre Rechtsgebiete hineingetragen.

Daß Familien- und Hoheitsrechte possessorisch geschützt werden, kann hier, wo wir es lediglich mit dem Privatrecht zu thun haben, nicht Gegenstand der Betrachtung werden; es bleibt uns der Besitz an obligatorischen Forderungen übrig.

Es ist ferner nicht die Aufgabe, die gemeinrechtliche Entwicklung von ihren Anfängen beginnend darzustellen; das ist bereits von Bruns gründlichst geschehen. Es wird vielmehr genügen, wenn wir die Ansichten der Schriftsteller mittheilen, welche dem Landrecht unmittelbar vorausgegangen sind.

Bereits das 17. Jahrhundert hatte den Grundsatz, daß Obligationen possessorisch geschützt werden sollten, bejahend entschieden; es geschah dies zwar im Kampf gegen romanistische Anschauung, merkwürdigerweise aber zugleich unter Berufung auf Römisches Recht, jedenfalls endlich in bewußter Erkenntniß des Grundsatzes, welchen man aufstellte. Die beste Darstellung hierüber giebt uns der Jesuit Laymann in seinem Commentar zu den Decretalen.[3]) Die Legisten hatten hervorgehoben

1) Wenn l. 81 § 1 D. de contr. emt. 18, 1 den in ihr mitgetheilten Rechtsfall nicht als Reallast gelten läßt, so hat dies darin seinen Grund, daß wie schon bemerkt die Römer einen geschlossenen Kreis von dinglichen Rechten hatten. Heute würden wir jenen Fall, abgesehen von dem Erforderniß der Eintragung, entgegengesetzt beurtheilen.

2) Vergl. oben S. 85 Note 1.

3) Zu cap. 24 X de elect. I, 6. Tom. 1 pag. 299 sq.

daß libera persona aut quod ipsi inhaeret possideri non possit; darauf antworteten die Decretisten, daß soweit eine Person obligirt sei, ihre Freiheit aufhöre; als Analogie führten sie Verhältnisse aus dem öffentlichen Recht an: die Landesfrohnden, ferner aus dem Kirchenrecht: den canonischen Gehorsam, wofür eine unanfechtbare Praxis possessorische Rechtsmittel gegeben hatte. Endlich beriefen sie sich auf das Römische Recht, auf l. 1 C. de fideicomm. 6, 42 l. 20 de agr. et cens. 11, 49 und vorzüglich l. 6 pr. de usur. 22, 2. Laymann verwahrt sich dagegen, daß eine Forderung durch Ersitzung erworben werden könne; zur Begründung einer Forderung gehöre vielmehr ein Entstehungsgrund, allein die mehrmalige Leistung erzeuge die Präsumtion eines Titels, und daher die quasi possessio obligationis.[1])

So unbezweifelt ging die Lehre in das 18. Jahrhundert über. Böhmer lehrt in seinem Kirchenrecht,[2]) noch deutlicher in seiner introductio in jus digestorum[3]) die quasi possessio an unkörperlichen Sachen, wozu er die debita ausdrücklich rechnet. Ein Widerspruch dagegen wird zwar ausgesprochen von Kütemeyer, welcher das spolium usurarum leugnete,[4]) allein er verhallt ohne Nachwirkung, denn nicht lange darauf behauptete Hommel,[5]) daß ein Schuster, Dienstbote oder Arzt, welcher entlassen sei, der Theorie nach[6]) possessorisch auf Fortsetzung der Dienste klagen könne; und Fleck[7]) erklärte, daß er keinen Grund einsehe, warum nicht die quasi possessio auf Obligationen Anwendung finden sollte.

Merkwürdig sind die einzelnen Beispiele der Obligationen, worin wir die Practiker von dem Begriff der quasi possessio Gebrauch machen sehen.

---

1) Höchst bezeichnend sagt Laymann a. a. O.: negari non potest, per hunc usum (die mehrmalige Leistung) acquirere creditorem possessionem aut quasipossessionem seu malis dicere statum quendam obligationis erga se sive juris sui.

2) jus eccl. lib. 2 tit. 13 § 2.

3) introd. in jus dig. lib. 1 tit. 8 Nr. 9, 10, 11. lib. 41 tit. 2 Nr. 6, 9.

4) diss. de spolio usurarum. Jenae 1747.

5) Rhapsod. obs. 489.

6) Seine Worte sind: Dicat mihi aliquis et erit magnus Apollo quare sartor meus, quem nuper abdicavi aut dimissus famulus non possit adversus me possessorium summariissimum instituere, ut porro retineam. Quid si medicus ita agat?... Sentio actionem non tenere, sed sentio tantum, nec si vel mortem mineris, possum dicere quare? tu si sapis rationes decidendi suggere.

7) comm. binae de interd. unde vi et rem. spol. p. 98.

Böhmer,[1]) Lynker[2]) und Leyser[3]) geben sämmtlich dem Miether die Interdicte, Böhmer als naturalis possessor, Lynker als quasi possessor des Miethrechts, Leyser als Stellvertreter des Vermiethers, allein Lynker fügt hinzu, daß, wenn der Miether gegen den Vermiether die actio spolii brauche, dies nichts als seine Contractsklage sei, und daß in einem solchen Falle ein petitorium gar nicht von einem possessorium geschieden werden könne.

Wenn ein richterliches Erkenntniß gewisse terminliche Leistungen dem Kläger zugesprochen hat, so ist natürlich die Execution daraus zulässig. Wie aber, wenn Restitution dagegen eingelegt ist? Dann, lehrten Lanceloff[4]) und Mevius,[5]) kommt es darauf an, ob bereits gewisse Leistungen entrichtet sind oder nicht; im erstren Falle ist die quasipossessio erworben, und es muß, während der Restitutionsproceß schwebt, die Fortleistung erfolgen. Dieselbe Unterscheidung ist zu machen, wenn in einem Instrument terminliche Leistungen versprochen sind und dagegen die Restitution nachgesucht wird.

Ferner, wenn zwei Personen das Gläubigerrecht jede für sich in Anspruch nehmen, so lehrte Voet[6]) daß keiner von beiden mit Sicherheit gezahlt werden könne. Carpzow[7]) und Leyser[8]) aber behaupteten, man müsse einen Unterschied machen zwischen dem Fall, wo keiner und dem, wo einer von beiden besitzt; in letztrem könne dem possessor nominis Zahlung geleistet werden; „possidere autem nomen videtur quisquis chirographum possidet arg. l. 59 de leg. III. l. 44 § 5 de leg. I. l. 2 § 1 de pactis."

So sagt endlich Voet,[9]) daß durch Usus die quasi possessio servitutis, durch Cession die quasipossessio actionis erworben werde; und Spangenberg[10]) giebt dem Eigenthümer und Usufructuar an der Sache possessio, an dem Eigenthums- und Nießbrauchsrechte Quasipossessio!!

Man muß bei diesem Stande der Lehre erwarten, daß auch das Landrecht die juris quasi possessio in ausgedehntester Art und namentlich

1) Consult. 2, 1014.
2) Resp. 1, 67.
3) Medit. Spec. 451 Nr. 3.
4) de attent. pars 2 c. 18 Nr. 145 sq. (pag. 395).
5) decis. pars 2 decis. 298 Nr. 1.
6) Comm. ad lib. 46 tit. 3 § 6.
7) Carpzov Resp. lib. 1 resp. 4.
8) Med. spec. 452 Nr. 7.
9) Comm. ad lib. 41 tit. 2 § 11.
10) Besitz §§ 102 und 105.

auf Obligationen anwendet. Wenn das Landrecht sich darüber nirgends allgemein und ausdrücklich ausläßt, so scheint dies bloß darin seinen Grund zu haben, daß eine dahin bezügliche Vorschrift überflüssig erschien: Anfechtungen des possessorischen Schutzes von Obligationen waren zur Zeit der Abfassung des Landrechts nirgends ausgesprochen,[1]) es bedurfte also nicht besonders gesagt zu werden, daß unter Rechtsbesitz sowohl die dinglichen als auch die persönlichen Rechte verstanden würden. Auch finden sich einzelne deutliche Anwendungen des unausgesprochenen Princips. So lautet der § 141 des Kleinschen Entwurfs:

„Wer das Schuldinstrument in Händen hat, ist im zweifelhaften Falle für den Besitzer der Schuldforderung zu halten.“ [2])

So tadelt ferner Tevenar die im § 1 des ersten Entwurfs gegebene Definition des Besitzes, indem er hinzufügt, daß „der Besitz sich über körperliche und unkörperliche, bewegliche und unbewegliche Sachen, über Standes-Eigenthumsrechte [3]) und Dienstbarkeiten, auch Personalforderungen erstreckt,“ [4]) und Suarez stimmt ihm bei.[5]) Endlich aber ist die jetzige Fassung der §§ 78—87 d. T. der Art, daß unter den dort erwähnten Rechten nicht bloß Servituten, Reallasten, Frohnden und Dienste, sondern auch sehr wohl die Obligationen verstanden werden können. Nur der Fall scheint durch § 80 ausgeschlossen, daß durch den Besitz des Schuldscheins zugleich der Besitz der Darlehnsforderung erworben werde;[6]) der Besitz des Zinsrechts hingegen ist besonders durch

1) Zwar sagt Fleck l. c. p. 96: ... adhuc sub judice lis esse videtur, num quasi possessio juris in personam seu ejus ex quo certa tantum persona ad dandum vel faciendum tenetur, defendi queat, an haec notio a natura facultatis, quae ex obligatione personae proficiscitur prorsus aliena sit. Allein er scheint dies deshalb zu behaupten, weil die bisherige Begründung ihm nicht genügend erscheint; auch hat er von gegentheiligen Schriftstellern nur den oben S. 96 Note 4 citirten Kütemeyer anführen können.

2) Mat. S. 28. Dazu ist Leyser spec. 452 med. 6 citirt (vergl oben S. 97 Note 8). Klein nimmt auch in dem Falle, wo neben einem ältren Arzt in einer Stadt ein jüngerer angesetzt wird, nur deshalb keine Besitzstörung an, weil ersterer dadurch nur von seinen Vortheilen verliert, sein Recht alle Kranken zu heilen aber ungeschmälert bleibt. Zu § 62 Note 1 S. 18.

3) Ganz wie Spangenberg, oben S. 97 Note 10.

4) Mat. S. 116.

5) Mat. S. 117.

6) Im § 52 des gedruckten Entwurfs war dies noch angenommen; ein Monent bemerkte aber, daß der Besitz der Schuldverschreibung noch nicht das Recht gebe, die verschriebene Summe zu erheben; dazu gehöre Cession oder Specialvollmacht. (Mat. S. 248, 249). Suarez erkannte dies theilweise an, indem

die Vorschrift des § 839 A. L. R. I, 11 anerkannt, wonach derjenige, welcher dreißig Jahre lang usurae indebitae empfangen, das Capital „vermöge eines durch Verjährung erworbnen Rechts“ fordern darf.

Der Einfluß des Savignyschen Werkes hat jedoch unter den Preußischen Juristen eine Spaltung hervorgerufen. Während nämlich die Einen,[1]) gestützt auf die Ansichten der Rechtslehrer des vorigen Jahrhunderts und die Fassung des Gesetzes, Besitz auch an Forderungen annehmen, haben Andre[2]) ihn unter Berufung auf den in ihm liegenden logischen Widerspruch geleugnet. Es ist jedoch zum Theil von den Letztren eine andre Begründung versucht worden, welche um ihrer Eigenthümlichkeit und ihrer practischen Consequenzen wegen nicht übergangen werden darf. Anknüpfend an Savigny[3]) stellte nämlich Koch[4]) die Ansicht auf, daß der Rechtsbesitz nur insoweit Statt finde, als sich eine gewaltsame u. s. w. Entziehung und Störung denken lasse. Der Fehler dieser Deduction scheint mir darin zu liegen, daß sie nicht das innere Wesen des Besitzes erfaßte, sondern aus einem äußerlichen Momente die Richtigkeit der aufgestellten Ansicht zu construiren strebte. Ebenso verweigerte Bornemann[5]) bei Forderungen wohl die Possessorienklage, trotz-

---

er verlangte, daß die Uebergabe in der deutlich erklärten Absicht geschehen müsse, den Empfänger in den Besitz des Rechts zu setzen. Es wurde jedoch die Weglassung des § 52 beschlossen. (Mat. S. 265, 266). —

1) Bornemann § 53. Löher System des L. R. S. 74 f., 96 f. Erk. des Oberlandesgerichts zu Paderborn vom 29. September 1823 bei Simon und Strampff Rechtssprüche 2, 393 f. Merckel Comm. zur A. G. O. I, 31 § 1. Grävell Besitz 1. Abschn. § 253.

2) Koch B. S. 106 f. Thöne S. 329, 332 N. 14. Temme Civilr. § 62. Erk. des Kammergerichts vom 7. Mai 1827 bei Simon und Strampff Rechtssprüche 2, 405. Die Ansicht des Ober-Tribunals scheint früher geschwankt zu haben. Während es dem Dienstboten und Privatbeamten die Possessorienklage gegen den Dienstherrn verweigert (Schles. Arch. 5, 109, Entsch. 17, 507) und während es ferner im Pr. 503 ausspricht, daß aus Vertragsverhältnissen, in welchen sich Jemand zur Unterlassung gewisser Handlungen verpflichtet hat, nicht possessorisch geklagt werden könne, läßt es nach Pr. 1358 gegen Störungen im Besitz negativer Rechte, wenn diese auch persönliche, nicht dingliche sind, sich aber auf den Besitz von Sachen beziehen, die Possessorienklage zu (— wie im J.-M.-Bl. 1854 S. 102 Nr. 4 bemerkt ist, bietet das Erkenntniß woraus das Präjudiz geschöpft ist, zu den Worten „sich aber auf den Besitz von Sachen beziehen“ keinen Anlaß —), und erkennt auch bei verbrieften Forderungen Besitz und Uebergabe an. (Entsch. 13, 190. 20, 128. Pr. 1709.)

3) Besitz S. 209.

4) Besitz a. a. O.

5) Civilrecht I, 299 f.

dem aber nahm er Besitz mit seinen übrigen Wirkungen an; es führte ihn dies weiter zu der Consequenz, daß er bei allen affirmativen Rechten, wenn sie auch dinglich constituirt waren, das Possessorium verweigerte, und nur bei denjenigen, welche eine geschichtliche Basis haben, eine Ausnahme eintreten ließ.[1]) So würde der Rechtsbesitz im Preußischen Recht in gewisser Hinsicht eingeschränkter sein, als selbst die Romanisten es für das Gemeine Recht behaupten möchten.

Sollen wir zuletzt unsre Ansicht über die wissenschaftliche Fortbildung des Landrechts in Betreff dieser Materie darlegen, so glauben wir im Landrecht selbst einen Punkt zu finden, von welchem ausgehend wir eine Uebereinstimmung des Preußischen und Gemeinen Rechts bewerkstelligen zu können glauben.

Die §§ 4, 5, 78 d. T. knüpfen nämlich den Erwerb der Inhaberschaft resp. des Besitzes derjenigen Rechte, welche nicht mit dem Besitze einer Sache verbunden sind, an die Ausübung. Von einer Ausübung des Rechts aber kann bei Obligationen nicht die Rede sein; weder ist dies die Erfüllung, — denn diese ist freie Handlung des Schuldners, auf Seiten des Gläubigers aber bloß passives Empfangen, — noch auch die Einklagung, denn diese ist ein bloßes Mittel, um die Erfüllung zu erlangen. Wohl haben die Lehrer des Gemeinen Rechts bis zum Erscheinen von Savigny's Besitz die Ausübung (exercitium juris) in die Erfüllung oder Einklagung gesetzt, und gewiß sind auch die Redactoren des Landrechts dieser Ansicht gewesen. Da wir aber das Bedürfniß des possessorischen Schutzes der Obligationen leugnen, so glauben wir zu jener Interpretation der „Ausübung" greifen zu dürfen. Die Rechtspossessio begreift dann wie im Gemeinen Recht die Servituten, die Reallasten des Deutschen Rechts, und zwar auch die Dienste und Frohnden, da hier die Freiheit der Person gesetzlich nicht anerkannt ist, aus gleichem Grunde auch die Bann- und Zwangsrechte.

1) Hierin stimmt ihm das Geh. Ober-Tribunal (Entsch. 10, 97. 17, 10) bei.

## Nr. 3.

## Ueber den Besitz und den Schutz des Besitzes von Rechten.

Aus dem literarischen Nachlasse des Appellationsgerichts-Raths Korte von Hamm.*)

§ 1.

Der Begriff des Besitzes von Rechten und das, was damit zusammenhängt, der Schutz des Besitzes von Rechten, ist in der Wissenschaft des preußischen Rechts noch immer nicht zur gehörigen Klarheit und Sicherheit gebracht worden. Allerdings kommt dabei Manches auf Rechnung einer zu unbestimmten, die Schärfe der Begriffe in zu weit gefaßten Ausdrücken verwischenden Fassung der Gesetze; das Meiste aber auf Rechnung der Theorie und Praxis, welche über dem Buchstaben den sich darunter verhüllenden Sinn häufig verloren gaben. Wir wollen versuchen, der Sache näher zu treten.

### Erster Abschnitt.

### Vom Besitz der Rechte.

#### Erstes Capitel.

#### Orientirende und geschichtliche Einleitung.

§ 2.

Das Gesetz unterscheidet, wo es die Begriffe von Gewahrsam und Besitz aufstellt, den Inhaber oder Besitzer einer Sache und denjenigen eines Rechtes. Unter den Rechten selbst, welche Gegenstand des Besitzes sein können, macht es bei dieser Gelegenheit weiter keinen Unterschied. A. L. R. I 7 § 1—8.

Man könnte daraus zu folgern versucht sein, daß an allen Rechten Besitz im rechtlichen Sinne möglich sei. Für diese Schlußfolge könnte man sich auch noch darauf berufen, einmal, daß das Allg. Landrecht Alles, was Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein kann, zu

*) Diese Abhandlung unseres zu früh dahingeschiedenen Freundes (siehe den Anhang zu B. 2 dieser Zeitschrift S. 507 f.), von dem Verfasser selbst für diese „Beiträge" bestimmt, konnte wegen Mangel an Raum nicht früher mitgetheilt werden. — Die begleitenden Anmerkungen sind von dem Herausgeber hinzugefügt.

den Sachen im gesetzlichen Sinn zählt, und zwar insbesondere außer den körperlichen Sachen, den Sachen im engeren Sinn, auch Handlungen und Rechte:

A. L. R. I 2 § 1— 3.

Zum Anderen darauf, daß das Gesetz auch für einen Gegenstand des Eigenthums alles das erklärt, was einen ausschließenden Nutzen gewähren kann, und sowol ein Eigenthum an körperlichen Sachen, als an Rechten annimmt.

A. L. R. I. 8 § 1, 2.

Es scheint also, als erleide auf Alles, was unter den Begriff von Sachen im weiteren Sinn gezogen werden kann, demzufolge auch auf alle Rechte, der Begriff des Eigenthums sowol, als des Besitzes Anwendung. Was insbesondere den Besitz betrifft, so läßt sich für dessen Möglichkeit bei allen Rechten schon das geltend machen, daß er, als factische Seite des Eigenthums, alles das, was der Begriff Eigenthum unter sich begreifen kann, mit umfassen müsse.

Es läßt sich in der That nicht leugnen, daß das Gesetz einen höchst allgemeinen, alle Rechte ohne Unterschied mit einschließenden Begriff des Eigenthums aufgestellt hat, und daß das Allg. Landrecht auf diesen Begriff sein System, wenn es von der Erwerbung des Eigenthums ausgeht, hauptsächlich mit berechnet hat.

Man würde indessen zu weit gehen, wenn man hieraus schließen wollte, alles Eigenthum innerhalb dieses weiten Umkreises des Begriffes sei völlig gleichartig, das Eigenthum im engeren und eigentlichen Sinn, nämlich dasjenige an körperlichen Sachen, unterscheide sich in keiner Weise von demjenigen an unkörperlichen Dingen, an Rechten. Noch weiter aber würde sich die Annahme verirren, daß alle diese Gegenstände des Eigenthums im weitesten Sinn juristischen Besitz zulassen.

Unverkennbar hat das Allg. Landrecht bei seiner Definition des Eigenthums sich an den vulgären Sprachgebrauch gehalten und durch dieselbe, sich seinem von Sachen im weitesten Sinn aufgestellten Begriff anschließend, das ganze Gebiet der Berechtigungen, des Vermögens, erschöpfen und unter dem Namen Eigenthum zusammenfassen wollen. Der Sache nach ist dies nichts Neues,[1]) nur der gewählte Name Eigenthum erscheint anstößig und verwirrend.

---

[1]) Vergl. Oesterr. allgem. bürg. Gesetzbuch § 353: „Alles, was jemanden zugehöret, alle seine körperlichen und unkörperlichen Sachen, heißen sein Eigenthum." Unger, Syst. des österr. allg. Privatr. B. 1 (1856) S. 380, 381. Arndts, Lehrb. der Pand. § 130. Dr. Barth in der Preuß. Gerichts-Zeitung 1860 S. 7.

§ 3.

Schon dem Römischen Rechte waren alle jene Begriffe des Allg. Landrechts durchaus nichts Fremdes. So, was den Begriff Sache, res, betrifft, wurden darunter im weiteren Verstande auch Rechte begriffen.

Rei appellatione et causae et jura continentur.

L. 23. D. de verb. signif. (50. 16.)

Sodann kennt das Röm. Recht auch den Unterschied zwischen res corporales und incorporales.[1]) Zu den letzteren werden alle Rechte ohne Unterschied, dingliche und persönliche, gerechnet.

„Incorporales autem sunt, quae tangi non possunt; qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, usus et obligationes quoquo modo contractae. Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur, nam et fructus, qui ex fundo percipiuntur, corporales sunt, et id, quod ex aliqua obligatione nobis debetur, plerumque corporale est, veluti fundus, homo, pecunia: nam ipsum jus hereditatis et ipsum jus utendi fruendi et ipsum jus obligationis incorporale est. Eodem numero sunt jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.“

Instit. lib. II tit. 2 de reb. corporal. et incorporal.

L. 1 § 1 D. de divis. rer. (1, 8).

Auch eine Art von Eigenthum im vulgären Sinn erkennt das Römische Recht an rebus incorporalibus an.

In bonis autem nostris computari sciendum est non solum quae dominii nostri sunt, sed et si bona fide a nobis possideantur, vel superficiaria sint. Aeque bonis adnumerabitur etiam si quid est in actionibus, petitionibus, persecutionibus. Nam haec omnia in bonis esse videntur.

L. 49 D. de verb. signif. (50, 16).

Princeps bona concedendo videtur etiam obligationes concedere.

L. 21 D. ibid.

Bona intelliguntur cujusque quae deducto aere alieno supersunt.

L. 39 § 1 D. ibid.

Illud autem intelligendum est, filium in bonis habere, quod deducto aere alieno superest.

L. 2 § 1 D. de collat. (37, 6.)

Mulier bona sua omnia in dotem dedit.

L. 72 pr. D. de jure dot. (23, 3.)

Meorum et tuorum appellatione actiones quoque contineri dicendum est.

L. 91 D. de verb. signif. (50, 16.)

Nicht minder nimmt es eine Art von Besitz im vulgären Sinn auch bei unkörperlichen Dingen an.

---

1) Vergl. v. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heut. R. R. (Berlin, 1831) S. 1 f. Puchta, Cursus der Instit. B. 2 S. 515, 516. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. B. 9 S. 462, 463.

Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem; habetur enim quod peti potest.

L. 143 D. de verb. signif. (50, 16.)

Is qui actionem habet ad rem recuperandam ipsam rem habere videtur.

L. 15 D. de reg. jur. (50, 17.)

Rem in bonis nostris habere intelligimur, quotiens possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

L. 52 D. de acq. rer. dom. (41, 1.)

Die Römischen Juristen haben sich indessen wohl gehütet, auf diese vulgären Begriffe die technischen Bezeichnungen von dominium und possessio anzuwenden. Die objective Bezeichnung für den Bereich sämmtlicher Vermögensrechte enthalten die Ausdrücke bona, in bonis, mea, tua, und die subjective Beziehung des Berechtigten zu diesen Vermögensrechten wird durch habere ausgedrückt. Die Bezeichnung dominium ist immer nur auf körperliche Sachen angewendet worden, und das Wort possessio oder possidere hält dieselbe Schranke ein.

Possideri autem possunt quae sunt corporalia.

L. 3 pr. de acquir. vel am. poss. (41, 2).

Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

L. 43 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1.)

Nur nach drei Seiten hin hat hiervon eine, zweimal scheinbare und einmal wirkliche, Abweichung stattgefunden. Einmal nämlich bei der bonorum possessio, bei der von dem Prätor eingeführten Einweisung in eine Erbschaft. Faßt man indessen hier als den Gegenstand dessen, was als possessio bezeichnet wird, nicht sowol die einzelnen, in dem Nachlaß begriffenen Sachen und Rechte, als vielmehr das Erbrecht, also in der Totalität auf, wie es die oben citirte Stelle aus den Institutionen, § 2 II 2, angedeutet hat, so ist wenigstens die Annahme abzuweisen, als habe mit jener bonorum possessio nun ein eigentlicher Besitz an den einzelnen bonis und darunter an den einzelnen im Nachlaß begriffenen Rechten, namentlich den Actionen, statuirt werden sollen, und es ist nur auf das jus hereditatis als ein Ganzes der Ausdruck possessio angewendet.

Bona autem hic, ut plerumque solemus dicere, ita accipienda sunt: universitatis cujusque successionem, qua succeditur in jus demortui; suscipiturque ejus rei commodum et incommodum: nam sive solvendo sint bona, sive non sunt, sive damnum habent sive lucrum, sive in corporibus sunt sive in actionibus, in hoc loco proprie bona appellabuntur. Hereditatis autem bonorumve possessio (ut Labeo scribit) non uti rerum possessio accipienda est, est enim juris magis quam corporis possessio: denique etsi nihil corporale est in hereditate, attamen recte ejus bonorum possessionem agnitam

Labeo ait. — Bonorum igitur possessionem ita recte definiemus: jus persequendi, retinendique patrimonii sive rei, quae cujusque, cum moritur, fuit.

L. 3 pr. § 1, 2. D. de bon. poss. (37, 1.)

Damit aber wurde nichts eigentlich Neues eingeführt. Denn eine gleiche Vorstellung und ein gleicher Sprachgebrauch war auch schon bei der civilrechtlichen hereditas im Schwange.

Praetor bonorum possessorem heredis loco in omni causa habet.

L. 117. D. de reg. jur. (50, 17.)

L. 1. D. de bon. poss. (37, 1.)

Es war von einem possessor hereditatis und selbst einer pars hereditatis die Rede, und insbesondere geht die hereditatis petitio gegen den, qui jus vel pro herede vel pro possessore possidet.

L. 5. pr. 9. 11. 13. D. de her. pet. (5, 3.)

L. 13. D. si quis omissa causa. (29, 4.)

Man würde sich aber sehr täuschen, wenn man dafür hielte, das Römische Recht habe nun wirklich dem heres oder dem bonorum possessor oder dem possessor hereditatis einen wirklich juristischen Besitz an allen in der Erbschaft inbegriffenen Rechten sowol, als Sachen ohne Weiteres zugestanden. Die hereditatis bonorumve possessio (l. 3. cit. D. de bon. poss.) bestand mit Einem Wort in nichts Anderem, als darin:

haeres in omne jus mortui, non tantum singularum rerum dominium succedit, cum et ea, quae in nominibus sunt, ad heredem transeant.

L. 37 D. de acq. vel om. her. (29. 2.)

So wie das auf den Erben übergegangene dominium rerum hier genau von den übrigen Rechten unterschieden wird, so war auch ein eigentlicher Besitz mit dem Erbrecht an sich so wenig gegeben, daß es noch der besonderen Ergreifung desselben bedurfte.

Cum heredes instituti sumus, adita hereditate omnia quidem jura ad nos transeunt; possessio tamen, nisi naturaliter comprehensa, ad nos non pertinet.

L. 23. D. de acq. vel am. poss. (41, 2.)

Es ergibt sich aus allem dem augenscheinlich, daß der Ausdruck bonorum oder hereditatis possessio lediglich aus dem Bereich jener vulgären Vorstellungen von dem Rechtsverhältniß zu einem ganzen Vermögen, zu den bonis, dem patrimonio, hervorgegangen ist, und in untechnischer Bezeichnung jenes habere in bonis oder jenes jus persequendi: vel retinendi patrimonii wiedergibt. Nur in Beziehung auf die dem wahren Erben gegen den des Erbrechts sich Anmaaßenden verliehene hereditatis petitio ist die Vorstellung von dem Besitz des Erbrechts, der Erbschaft, wirklich practisch ausgebildet, und es ist dem Ver-

klagten die Rolle eines Besitzers zugetheilt, es sind von diesem Gesichtspunkt aus seine Verpflichtungen geregelt, um dadurch dem Kläger im Ganzen und auf einmal zu seinem Recht zu verhelfen.

Die zweite, aber ebenfalls nur auf vulgärer Vorstellung und Bezeichnung beruhende Abweichung fand bei den zur Sicherung rechtlicher Ansprüche eingeführten Arten der richterlichen Immission statt, welche

L. 1. D. quibus ex causis in possessionem eatur (42, 4.)

dahin zusammenfaßt:

Tres fere causae sunt, ex quibus in possessionem mitti solet: rei servandae causa, item legatorum servandorum gratia et ventris nomine.

Es traf nämlich bei den Römern den Verklagten, wenn er sich nicht einließ, nach Ablauf der peremtorischen Frist, die Strafe des Ungehorsams in der Art, daß der Kläger in den Besitz der Güter seines Gegners gesetzt ward; es mochte nun ein arglistiger Ungehorsam desselben erwiesen sein (immissio ob contumaciam oder ob absentiam fraudulosam),

L. 7. § 1 2. 4. 17. D. si quis caut. (2. 11.)

oder nicht (immissio rei servandae causa).

L. 21. § 2. D. ex quib. caus. major. (4. 6).

L. 3. § 23 D. de acq. vel. am. poss. (41. 2).

Durch diese richterliche Immission erhielten die Gläubiger ein Dispositionsrecht, sie waren missi in possessionem. Praetor jussit, debitoris bona possideri et vendi.

L. 6. § 7. l. 10. § 16. D. quae in fraud. cred. (42. 8).

L. 9. pr. l. 13. 14. 15. D. de reb. auct. jud. poss. (42. 5).

Gaj. III. 77—81.

So wurde ferner der Legatar, wenn der Onerirte die cautio legatorum servandorum causa nicht leistete, zur Sicherheit, behufs der custodia, in bona hereditaria, auch wol in propria bona heredis, immittirt. Er war missus in possessionem.

L. 1. § 2. D. ut leg. (36. 3.)

L. 5. pr. § 16. D. ut in poss. leg. (36. 4.)

Die missio in possessionem ventris nomine aber erfolgte für die Frau, welche mit dem künftigen Intestat- oder testamentarischen Erben schwanger war, und ihr Gegenstand waren die Erbgüter des künftig Gebornen.

L. 1. § 1. l. 6. 7. pr. § 2. l. 10. D. de ventre in poss. mitt. (37. 9.)

Die dritte und wichtigste Abweichung bestand in der durch das Bedürfniß herbeigeführten Behandlung der Ausübung auch anderer Rechte, außer der Ausübung des Eigenthums, also außer dem Besitz einer

Sache, der corporis possessio, als ein dem Besitz analoges Rechtsverhältniß, als juris quasi possessio. Das Röm. Recht erkannte eine solche quasi possessio nur bei den, auf eine dauernde, die Ersitzung und den possessorischen Schutz zulassende Ausübung berechneten Rechten an, welche, wie die Servituten und die superficies, dem Berechtigten gleichsam einen Theil der im Eigenthum der Sache begriffenen Befugnisse ertheilen.

L. 20 D. de serv. (8. 1.)
L. 8. § 3. D. si serv. (8. 5.)
L. 2. § 3. D. de prec. (43. 26.)
L. 10. C. de acq. poss. (7. 32.)
v. Savigny, Recht des Besitzes, § 44—47.[1])

Die Fälle, in denen nach Röm. Recht ausnahmsweise, obgleich es an dem animus domini fehlt, wie bei dem Sequester und Pfandgläubiger (nach Einigen auch bei dem Precaristen und Emphyteuta[2]) — ein abgeleiteter juristischer Besitz zugestanden ist, gehören nicht zu dieser Abweichung, weil hier nicht bloß eine juris quasi possessio, sondern ein wirklicher Besitz der Sache angenommen wird.

Puchta, Pand., §. 125 u. in Weiske's Rechtslex. B. II S. 47 f.
v. Savigny, a. a. O. §. 23. 24.

Dagegen wurde theils nach canonischem Recht, theils nach deutschen Reichsgesetzen und deutschem Gewohnheitsrecht die juris quasi possessio auch auf kirchliche und gutsherrliche Jurisdiction, sowie auf Reallasten (Grundzinse, Zehnten, Frohnden), Bannrechte ausgedehnt.

C. 17. X. de rest. spol. (2. 13.)
C. 9. X. de probat. (2. 19.)
v. Savigny, a. a. O. § 29.[3])

§ 4.

Ueberblicken wir hiernach das Gebiet des gemeinrechtlichen Besitzes, so hält es sich nach Röm. Grundsätzen genau innerhalb der Sphäre der dinglichen Rechte, des Eigenthums und der daraus abgeleiteten dinglichen Rechte. Nach deutschen Grundsätzen sind gewisse Rechte hinzugetreten, denen man an und für sich eine juristische Selbstständigkeit beilegte und als Gerechtigkeiten dem Eigenthum an körperlichen Sachen

---

1) Vergl. auch die in den Glossen zu §§ 4, 5 I 7 A. L. R. (B. IV S. 326 dieser „Beiträge") angeführten Schriftsteller.

2) Vergl. Bruns, Recht des Besitzes S. 5—17. Böcking, Pand. § 126 Note 6. Brinz, Lehrb. der Pand. § 27 S. 64 f.

3) Vergl. Bruns a. a. O. S. 128 f., 185 f., 237 f., 276 f., 328 f.

gleich achtete. Der Besitz von schlechthin persönlichen Forderungsrechten ist ein undenkbarer und unerhörter Begriff. Die hereditatis und bonorum possessio, sowie die missio in possessionem begründet keinen eigentlichen Besitz an den unter den bonis befindlichen Actionen, sondern eben nur ein in bonis habere oder eine immissio in bona. Die Bezeichnung possessio ist hier lediglich Sprachgebrauch für das rechtliche Verhältniß zu einem Inbegriff von Vermögensrechten.

## Zweites Capitel.

### Darstellung des Besitzes von Rechten nach Preuß. Recht.

§ 5.

Fragen wir nun, in welcher Ausdehnung der Begriff des Besitzes von Rechten nach Preuß. Recht aufzufassen sei, so gelangen wir in der That zu keinem Resultat, welches dem Prinzip nach von demjenigen abweichend wäre, welches die Betrachtung des gemeinen Rechtes gewährt hat. Allerdings ist der Bereich der dinglichen Rechte nach Preuß. Recht sehr erweitert, indem viele Rechtsverhältnisse, die nach Röm. nur als obligatorische aufgefaßt wurden, in denselben hineingezogen sind; auch mag das Verzeichniß derjenigen Rechte, denen die Preuß. Gesetzgebung sachliche Selbstständigkeit beilegt, sich erweitert haben; dies ändert jedoch im Prinzip nichts.

§ 6.

Vorläufige Zusammenstellung der Rechte, bei denen in den Gesetzen von Besitz die Rede ist.

Um darüber in's Reine zu kommen, ob das Allg. Landrecht alle oder nur welche Rechte als Gegenstand eines eigentlichen Besitzes behandele, ist es zunächst von entscheidender Wichtigkeit, diejenigen Rechte in einer Zusammenstellung zu überblicken, von deren Besitz ausdrücklich die Rede ist. Es sind folgende:

1) Der unvollständige Besitzer einer Sache, d. h. der, welcher dieselbe zwar als fremdes Eigenthum, aber doch in der Absicht, darüber für sich selbst zu verfügen, in seine Gewahrsam übernommen hat, ist vollständiger Besitzer des Rechtes, dessen er darüber sich anmaaßt.

A. L. R. I. 7. § 6. 9.

Dahin gehören:

A. Das Recht des Faustpfandgläubigers.

A. L. R. I. 20. § 71. 104. 116.

B. Das Recht des Gebrauches oder der Nutzung einer fremden Sache:

A. L. R. I. 21. § 1. 2.

insbesondere:

a) des Nießbrauchs:

A. L. R. I. 21. § 22 f.

b) der Erbpacht:

A. L. R. a. a. O. § 187, 188.

c) des Commodates:

A. L. R. I. 21. § 229.

d) der Pacht oder Miethe:

A. L. R. a. a. O. § 258 f.

e) der Culturnutzung

A. L. R. a. a. O. § 626 f.

2) Capitalien und andere nutzbare Rechte.

A. L. R. I. 7. § 192. 232.

3) Ein Nachlaß oder eine Erbschaft.

A. L. R. I. 9 § 495—498.
A. L. R. I. 12. § 242 f.
A. L. R. I. 17. § 159 f.
A. L. R. II. 18. § 842.

4) Grundgerechtigkeiten.

A. L. R. I. 22. § 14.

5) Zwangs- und Banngerechtigkeiten.

A. L. R. I. 23. § 6.

6) Das Recht auf Dienste und Frohnden.

A. L. R. II. 7. § 463 f.
A. L. R. II. 11. § 815.

7) Das Recht auf Zinsen von Grundstücken.

A. L. R. II. 7. § 487. 494.

8) Das Zehntrecht,

A. L. R. II. 7. § 484. II. 11. § 865.

und die Zehntfreiheit.

A. L. R. II. 11. § 870.

9) Pfründen.

A. L. R. II. 11. § 1115 f.

10) Die Parochie.

A. L. R. II. 11. § 242.

11) Das Patronatrecht.

A. L. R. II. 11. § 576. 605.

12) Die niederen Regalien,

A. L. R. II. 14. § 26. 29. 30. 32. 34.

insbesondere die Zollgerechtigkeit,

A. L. R. II. 15. § 138.

die Jagd-, Mühlen- und sonstige Gerechtigkeiten.

13) Das Recht der Steuerfreiheit.

A. L. R. II. 14. § 80.

14) Die Gerichtsbarkeit.

A. L. R. II. 17. § 24. 29. II. 11. § 816.

15) Das Bergwerksregal.

A. L. R. II. 16. § 106.

## § 17.

### Classification dieser Rechte.

Classificiren wir diese Rechte, von deren Besitz im Allg. Landrecht die Rede ist, so finden wir darunter:

I. objectiv-dingliche Rechte, und zwar

A) die Rechte des unvollständigen Besitzers einer fremden Sache:

B) Grundgerechtigkeiten, d. h. dingliche Rechte, die das Eigenthum eines fremden Grundstückes zu Gunsten eines anderen Grundstückes einschränken;

C) Reallasten, d. h. dingliche Rechte, deren Gegenstand zwar persönliche Leistungen ausmachen, so jedoch, daß diese sich fortwährend wiederholen, und daß die Verpflichtung dazu mit dem Besitze einer bestimmten Sache verbunden ist. Hieher gehören:

1) Zinsabgaben.

2) Dienste und Frohnden.

3) Zehnten.

II. Objectiv-selbstständige, d. h. dem Eigenthum an körperlichen Sachen gleichgestellte Rechte, die zugleich objectiv- oder subjectiv-dinglicher Art in Beziehung auf ein bestimmtes Grundstück sein können. Hieher gehören:

A) Regalien und daraus abgeleitete Rechte — Gerechtigkeiten — wie die Zollgerechtigkeit, die Mühlengerechtigkeit, die Jagdgerechtigkeit, die Gerichtsbarkeit, das Bergwerksregal; desgleichen die gegen dergleichen Rechte erworbenen Befreiungen, z. B. die Steuerfreiheit.

B) Rechte, welche die persönliche Freiheit zu handeln innerhalb eines örtlichen Bereichs und einer bestimmten Befugniß durch fortdauernde Herrschaft einschränken, als da sind:

1) Zwangs- und Bannrechte;
2) die Parochie;
3) das Patronatrecht.

III. Pfründen. Eine Pfründe besteht aber zunächst in dem unvollständigen Besitz einer Sache und folgeweise erst in dem vollständigen Besitz des Rechtes, dessen sich der Pfründner darüber anmaaßt.

A. L. R. I. 7. § 9.

Dieselbe gehört also mit in die Klasse zu I. lit. A.

IV. Nachlaß oder Erbschaft. Ein Nachlaß, eine Verlassenschaft oder Erbschaft, als der Inbegriff der von einem Verstorbenen hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten,

A. L. R. I. 2. § 34. 35.
A. L. R. I. 9. § 350.

ist eine Species des Vermögens, d. h. des Inbegriffes aller einzelnen Sachen, Rechte und Verbindlichkeiten, die einem Menschen zugehören und obliegen, als ein Ganzes gedacht.

A. L. R. I. 2. § 33. 34. — I. 9. § 351.

Wir haben es also, wenn von Besitz einer Erbschaft die Rede ist, mit demselben vulgären Sprachgebrauch zu thun, der vom Vermögensbesitz redet, wie z. B.

A. L. R. II. 18 § 804. 844.

Die Frage, ob ein wahrer juristischer Besitz an allen in dem Nachlaß begriffenen Rechten anzunehmen sei, ist mithin auf die zurückzuführen, ob bei allen Vermögensrechten juristischer Besitz stattfinden könne.

Handelt es sich indessen um das Verhältniß des s. g. Erbschaftsbesitzers dem wirklichen Erben gegenüber, so ist kein Zweifel, daß das Gesetz dieses und die Verbindlichkeiten des Erbschaftsinhabers nach den Regeln vom Besitz beurtheilt.

A. L. R. I. 9. § 457. 495—498.

Auch kennt das Preuß. Recht eine Einweisung in die Erbschaft, eine bonorum possessio.

Vergl. meinen Aufsatz über die dem Erben zustehenden Rechtsmittel, Arnsberger R. Archiv, Jahrg. VI (1839), S. 177 f.

Zuletzt finden wir noch

V. Capitalien und andere nutzbare Rechte als Gegenstände des Besitzes angeführt.

Wollte man unter nutzbaren Rechten, wovon in § 192. I. 7. des A. L. R. die Rede ist, schlechthin alle Rechte verstehen, welche überhaupt Nutzen gewähren können, und unter Nutzen nach § 109. I. 2.

allen Gebrauch, den Jemand mit einem Recht machen kann, so würden freilich alle Rechte ohne Ausnahme in die Kategorie derjenigen fallen, wovon der § 192 cit. handelt. Derselbe bestimmt aber:

„Bei Capitalien und anderen nutzbaren Rechten werden die etwa noch rückständigen Zinsen und *Nutzungen* nach dem Zeitpunkte, wo der redliche Besitz aufgehört hat, zwischen dem Eigenthümer und Besitzer getheilt."

Unter *nutzbar* ist also nicht die Nutzens-, sondern die *Nutzungsfähigkeit* verstanden, und unter Nutzungen versteht das Gesetz diejenigen Vortheile, welche eine Sache oder ein Recht ihrem Inhaber, *unbeschadet der Substanz*, gewähren kann.

A. L. R I. 2. § 110.

Daß so und nicht anders das Wort nutzbar zu verstehen sei, geht auch aus dem § 193 I. 7. hervor, wornach die Nutzbarkeit einer beweglichen nutzbaren Sache in den von der Substanz abgesonderten Früchten besteht.

Hiernach können unter den nutzbaren Rechten, von denen das A. L. R. bei Gelegenheit des Besitzes redet, nur eigentliche Nutzungsrechte, wie Pacht,

A. L. R. I. 21. § 259.

Nießbrauch,

A. L. R. I. 21. § 22.

Erbpacht,

A. L. R. I. 21. § 187.

Culturrecht,

A. L. R. I. 21. § 626.

Pfründen, Reallasten und Gerechtigkeiten verstanden werden, lauter Rechte und keine andere, als denen wir schon oben begegnet sind.

Nur die *Capitalien* sind es also, welche, wenn das Gesetz sie als besitzbare Rechte bezeichnet, allein eine Anomalie darzubieten scheinen und Schwierigkeiten in den Weg legen. Die nähere Erörterung verschieben wir indessen bis weiter unten, wo der Zusammenhang darauf zurückführt.

## § 8.

*Zurückführung des Begriffs vom Besitz der Rechte auf seine Grundbedingung und der besitzbaren Rechte auf die drei Kategorien: affirmative, negative und Untersagungs-Rechte.*

Wir gehen nämlich, nachdem wir eine nachweisende Uebersicht der einzelnen Rechte gegeben haben, bei denen das Allg. Landrecht von Besitz ausdrücklich redet, nunmehr dazu über, den Besitz von Rechten auf seinen eigentlichen Begriff und seine systematische Grundlage zurückzuführen.

Hier ist nun vor allen Dingen darauf Gewicht zu legen, daß das Allg. Landrecht in seinem Titel vom Gewahrsam und Besitz (I. 7.), nachdem zwar im Eingange generell und ohne weitere Unterscheidung der Begriff der Innehabung und des Besitzes eines Rechtes in dessen Ausübung, beziehungsweise dessen Ausübung für den Ausübenden selbst gesetzt worden ist (§ 4. 5), dennoch an der Stelle, wo es von der Erwerbung des Besitzes von Rechten handelt, in den §§ 77 f. d. T., sich auf ein engeres Gebiet zurückzieht und bestimmte Kategorien von Rechten findet, die dem Begriff des Besitzes allein anpassen. Es sind dies die Kategorien der affirmativen Rechte (§ 80), der negativen Rechte (§ 81—85) und der Untersagungsrechte (§ 86. 87).

Man könnte sich nun zwar auf die §§ 77—79 d. T. berufen und dadurch beweisen wollen, daß diese über die Erwerbung des Besitzes im Allgemeinen handeln und über die Gesammtheit aller Rechte in Beziehung auf die Erlangung des Besitzes Bestimmung treffen, während die folgenden, von affirmativen, negativen und Untersagungsrechten handelnden Paragraphen, ohne die Besitzergreifung auf diese Rechte zu beschränken, diese nur beispielsweise behandeln, nur das bei denselben Besondere hervorheben wollen.

Diese Ansicht wäre aber irrig. Die §§ 77—79, welche den Bestimmungen über die Besitznahme der affirmativen, negativen und Untersagungsrechte voraufgehen, sind nur einleitende zu den folgenden, sie verordnen nicht für sich besonders und ohne Zusammenhang mit den letzteren. Allerdings sind sie generelle Bestimmungen, aber nicht in dem Sinne, daß sie sich zu den folgenden wie eine allgemeine Regel zu bloßen Exemplificationen verhalten. Die folgenden Bestimmungen schöpfen vielmehr das Maaß der voraufgehenden vollständig aus, sie erschöpfen alle Kategorien der besitzbaren Rechte. Ja sie stellen diese Kategorien erst auf, während jene einleitenden Bestimmungen nur darüber sich verbreiten, in welchem Falle es einer selbstständigen Ergreifung des Besitzes eines Rechtes bedarf, und in welchem Falle dieser Besitz als etwas Accessorisches mit dem Besitz einer Sache ergriffen wird. Letzteres geschieht nach § 77 bei subjectiv-dinglichen Rechten, einer besonderen Besitzergreifung bedarf es nach § 78, wenn Rechte nicht subjectiv-dinglich sind, jedoch bedürfen nach § 79 Theile eines Rechtes keiner besonderen Besitzergreifung. Worin die Besitzergreifung bestehen müsse, deutet der § 78 mit dem Worte Ausübung bloß an. Was aber unter dieser Ausübung zu verstehen sei, und bei welchen Gegenständen, nämlich bei welchen Rechten, sie stattfinde, lehren erst die folgenden Paragraphen.

Nicht zu leugnen ist, daß das A. L. R. den Ausdruck „Ausübung eines Rechtes“ anderwärts in einer so allgemeinen Weise gebraucht hat, daß er Rechte aller Art umfaßt.

A. L. R. Einl. § 88—93.

Dennoch darf man, wenn hier die Besitznahme eines Rechtes in die Ausübung gesetzt wird, und wenn es in § 4. 5. d. T. heißt, daß der, welcher ein Recht ausübe, für sich selbst ausübe, Inhaber, Besitzer des Rechtes sei, darum noch nicht annehmen, daß das Gesetz die Begriffe Ausübung eines Rechtes und Besitz eines Rechtes in jeder Beziehung identificire. Allerdings besteht auch der Besitz von Rechten in der Ausübung von Rechten, aber in einer solchen, die nur bei bestimmten Rechten sich verwirklichen läßt. Nur bei solchen Rechten, die sich zur Besitznahme und zum Besitz eignen, ist die Ausübung mit dem Besitz gleichbedeutend. Denn Ausübung, insofern darunter Besitz verstanden werden soll, kann nur in einer Thätigkeit bestehen, die von einer perennirenden Herrschaft über das Recht Zeugniß gibt. Handlungen, in welche aufzugehen und in denen sein Ziel zu finden Bestimmung eines Rechtes ist, sind nicht Besitzhandlungen, und ein solches Recht kann nicht besessen werden. Denn wenn die Bestimmung eines Rechtes auf irgend eine einzelne Handlung von Seiten des Verpflichteten oder Berechtigten gerichtet ist, und es erfolgt nun diese Handlung, so wird das Recht allerdings zwar ausgeübt, aber es ist in Beziehung auf das Recht keine Besitzhandlung, weil dadurch weder Besitz des bereits bestehenden Rechtes ergriffen, noch Besitz des Rechtes festgehalten, dieses Recht selbst vielmehr durch die Handlung aufgehoben wird.

Betrachtet man von diesem Standpunkt aus die rein persönlichen Rechte, die reinen Obligationen, die Forderungsrechte, Rechte, welche die Befugniß enthalten, von dem Verpflichteten zu fordern, daß er etwas gebe, leiste, verstatte oder unterlasse,

A. L. R. I. 2. § 123.

insbesondere diejenigen, welche das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande haben — die Rechte zur Sache —

A. L. R. I. 2. § 124.

so läßt sich an ihnen der Begriff des Besitzes von Rechten am Besten anschaulich machen. Bleiben wir zunächst bei den zuletzt gedachten Rechten zur Sache, bei dem auf das Geben oder die Gewährung einer bestimmten Sache gerichteten persönlichen Rechte stehen, und betrachten zuerst das Recht, wornach eine bestimmte Sache gegeben werden soll, nehmen wir also z. B. das Recht des Käufers aus einem Kaufvertrage an, Uebergabe einer verkauften Sache zu fordern, so würde die voll-

ständige Ausübung des persönlichen Rechtes in der Uebergabe der Sache bestehen. Mit dieser Ausübung aber würde das ganze Recht, dessen letzter Zweck Solution der Obligation ist, zu existiren aufhören, mithin ein Gegenstand des Besitzes nicht mehr vorhanden sein. Erst das Resultat des Rechtes führt zu einem Besitze, aber dies ist nicht mehr der Besitz des vermittelnden Rechtes, das mit Erfüllung seiner Bestimmung sein Dasein aufgegeben hat, sondern der Besitz der betreffenden Sache. In dem der Erfüllung vorhergehenden Bestehen des Rechtes aber läßt sich kein Besitz des Forderungsrechtes, sondern schlechtweg nur ein Zustand und keine Ausübung erkennen. Die Constituirung des Forderungsrechtes selbst als der Anfangspunkt enthält noch keine Ausübung desselben. Was noch übrig bleibt, die Klage, bahnt nur den Weg zur Erfüllung, und kann mithin ebenfalls nicht Ausübung im Sinn von Besitz des Rechtes sein.

Das persönliche Recht ferner, welches die Gewährung einer bestimmten Sache zum Gegenstande hat, also z. B. das Recht, eine Sache zur Ausübung eines Gebrauchsrechtes, eines Nießbrauches, einer Pacht oder Miethe, eines Pfandrechtes herzugeben oder einer Servitut preiszustellen, kann allerdings zu dem Besitze eines Rechtes führen. Allein es ist darum noch selbst das Recht nicht, welches besessen wird. Es ist nur der Titel zu dem erst noch zu erwerbenden dinglichen Recht, und dies wird erst erworben, wenn der Besitz der Sache eingeräumt, die Sache gewährt wird. Das persönliche Recht, als Titel, ist nur der Keim, aus welchem das Recht auf die Sache erst entstehen, nur die abstracte Form, aus welcher dasselbe erst in die wirkliche und individuelle Erscheinung treten soll.

A. L. R. I. 2. § 131—135.

Nicht diese vorbildende Form, der Titel, das persönliche Recht ist es, an welchem Besitz stattfindet; erst das durch den Besitz, die Gewährung der Sache hervortretende dingliche Recht gewährt einen Besitz seiner selbst. Das persönliche Recht ist wie eine Brücke, welche, wenn sie zum Uebergange, zur Erlangung eines dinglichen Rechtes, geführt hat, in sich selbst zusammensinkt.

Wenn aber endlich der Gegenstand eines persönlichen Rechtes in der Verbindlichkeit etwas zu leisten, zu verstatten oder zu unterlassen besteht, so kann diese Berechtigung, an und für sich genommen, ebenfalls nicht Gegenstand des Besitzes sein. Sie kann es um so weniger sein, als derartige Aeußerungen fremder Willensthätigkeit von der Willkür des Berechtigten nicht abhängig sind und, wenn sie erfolgen, vorübergehende, der willkürlichen Reproduction nicht unterworfene Erscheinungen sind.

Und dies Moment trifft bei allen Obligationen, bei allen auf ein dare, facere, praestare, non facere gerichteten Forderungsrechten ein. Nicht in einer Obligation an sich, sondern höchstens in dem Resultat derselben läßt sich ein Gegenstand des Besitzes denken.

Ist dieses Resultat eine körperliche Sache, sei es dem Eigenthum nach oder einem, das Eigenthum des Verpflichteten einschränkenden dinglichen Recht nach, so ergibt sich der Besitz der Sache oder des Rechtes auf die Sache von selbst. Schwieriger gestalten sich die Verhältnisse, wenn der Zielpunkt eines Rechtes nicht in einer individuellen Sache, sondern anderswo beruht.

Es muß, um es mit einem Worte auszusprechen, etwas Dauerndes und über die bloß persönliche Verpflichtung eines Individui Hinausreichendes sein, was Gegenstand des Besitzes im juristischen Sinn sein soll. Wenn diese Dauerbarkeit, Solidität am Augenfälligsten da eintritt, wo sich der Wille des Berechtigten eine körperliche Sache zur vollständigen oder unvollständigen Herrschaft unterwirft, so entsteht die Frage, wodurch bei Rechten, deren Gegenstand nicht eine körperliche Sache ist, eine derartige Dauerbarkeit erzielt werde, welche sie zur Besitznahme und zum Besitz geeignet mache. Es gibt auf diese Frage keine andere Antwort, als die: daß das Recht versachlicht, verdinglicht, solidificirt werden muß.

Bei Rechten, deren Ziel eine einzelne Leistung des Verpflichteten, z. B. die Verfertigung eines Kleides, die Verrichtung eines bestimmten Geschäftes, oder eine einzelne Unterlassung des Verpflichteten oder eine einzelne Duldung desselben ist, muß es einleuchten, daß das vorübergehende facere, non facere, praestare, pati als solches ein derartiges dauerndes Rechtsverhältniß nicht hervorbringen kann. Versachlicht wird das facere, praestare, pati, non facere als solches nur dadurch, daß es perennisirt, daß ihm eine perpetua causa gegeben wird. Darüber, wie dies geschehe, gibt das Gesetz Auskunft, wenn es neben dem Satze, daß Sache überhaupt Alles heiße, was der Gegenstand eines Rechtes oder einer Verbindlichkeit sein könne —

A. L. R. I. 2. § 1.

bestimmt:

„Im engeren Sinne wird Sache nur dasjenige genannt, was entweder von Natur oder durch die Uebereinkunft der Menschen eine Selbstständigkeit hat, vermöge deren es Gegenstand eines dauernden Rechtes sein kann."

A. L. R. I. 2. § 3.

Die Uebereinkunft der Menschen also muß den ideellen Dingen, und darunter den Rechtsverhältnissen erwähnter Art, diejenige Selbst-

ständigkeit beilegen, womit die Natur die körperlichen ausgestattet hat, und welche sie zu dauernden Rechten, zu einer Nutzbarkeit unbeschadet ihrer Substanz, und damit erst für den Besitz, als eine dauernde Ausübung, geschickt macht. Diese Uebereinkunft kann eine generelle, sie kann aber auch eine specielle, für den einzelnen Fall sein. Im ersten Fall beruht sie auf Gesetz oder Gewohnheit, im anderen auf Vertrag, Privileg, oder, was diese ersetzt, Verjährung. Sie ist vorhanden, wenn ein Rechtsverhältniß vorliegender Art der Absicht nach Gegenstand eines dauernden und dadurch selbstständigen Rechtes sein soll.

Um es am Kürzesten auszudrücken, geschieht dies, wenn ein Recht auf die Potenz einer Gerechtigkeit erhoben wird.

Diesem Gesichtspunkt entsprechend, hat nun das A. L. R. seine drei Kategorien von affirmativen, negativen und Untersagungsrechten aufgestellt, und in ihnen erschöpft sich das ganze Gebiet aller besitzbaren Rechte.

Um dies darzulegen, sollen die einzelnen Kategorien vorgeführt werden.

## § 9.

### I. Affirmative Rechte.

Ein affirmatives Recht ist das Recht, von einem Anderen die wiederholte Leistung einer Handlung als fortdauernde Schuldigkeit zu fordern.

A. L. R. I. 7. § 80.

Insofern der Gegenstand eines solchen Rechtes in Handlungen und Leistungen besteht, steht es allerdings auf dem zuletzt erwähnten Boden, auf dem der Obligation. Insofern aber, als diese Obligation eine causa perpetua hat, ragt und wächst es über diesen Boden hinaus, versachlicht, transsubstantiirt es sich zu einer besitzbaren Gerechtigkeit. Während bei einer gewöhnlichen Obligation das Band derselben durch die Leistung aufgelöst wird, ist bei affirmativen Rechten jede Leistung das Zeichen ihrer Fortdauer, ein neues Glied in der Kette der Verpflichtung, ein Knoten mehr, um das Band derselben unauflöslich zu schürzen.

Es ist also objectiv die fortdauernde Schuldigkeit (obligatio perpetua) und subjectiv das Recht, wiederholte Leistung einer Handlung zu fordern, was die Besitzbarkeit und den Besitz eines Forderungsrechtes bedingt. Die Frage ist nun, wo und wodurch diese Bedingung erreicht werde.

Es gibt Obligationen, die auf ein längeres, wiederholte Handlungen voraussetzendes Verpflichtungs-Verhältniß berechnet sind, wie sie z. B. durch den Gesindevertrag, durch das Mandat, die Verwaltung, manche

Verträge über Handlungen, den Gesellschaftsvertrag herbeigeführt werden. Nichts desto weniger gewähren diese Vertragsverhältnisse dem Berechtigten nicht den Besitz des Rechtes, die fortgesetzte Leistung der versprochenen Handlungen zu fordern, sondern nur ein rein persönliches, nur mit der Contractsklage verfolgbares Recht. Denn dieses Recht selbst ist nicht ein jus perpetuum, ein unauflöslicher Nexus; sein Gegenstand, die Obligation, ist nur in mehrere einzelne Handlungen zerlegt, welche in ihrer Succession zusammen eine Gesammtleistung ausmachen, mit deren Vollendung auch das Recht erschöpft, die Obligation getilgt ist.

Eine immerwährende, durch einzelne Leistungen nicht auszuschöpfende, als Recht besitzbare Obligation ist aber nur dann vorhanden, wenn die Bedingung ihres Daseins nicht lediglich in der persönlichen Verpflichtung eines Individuums beruht, ihre Wirksamkeit vielmehr über das Individuum hinausreicht. Die Frage, auf welche Weise dies bewirkt werde, beantwortet sich dahin, daß es nur auf dreifache Weise geschehen kann, nämlich

1) entweder so, daß die Verpflichtung mit dem Besitze einer Sache verbunden wird, oder
2) so, daß dieselbe einer juristischen Person obliegt, oder
3) in der Art, daß das Recht, dem die Verbindlichkeit zu gewissen Handlungen entspricht, sich in einer localen, in der Regel an den Besitz einer bestimmten Sache geknüpften Herrschaft oder Botmäßigkeit über fremde Handlungen der fraglichen Gattung gründet.

Unter den ersten Gesichtspunkt fallen die Reallasten, der zweiten Kategorie fallen die Gemeindelasten und Gemeindepflichten, der dritten manche Regalien und verwandte Gerechtigkeiten, Episcopal-, Parochial- und Patronatrechte anheim.

Wir betrachten demnach zunächst

## § 10.

### A. Die Reallasten.

Ueber den Begriff der Reallasten sind verschiedenartige Ansichten aufgestellt worden.[1]) Während einige Germanisten sie zu den Servituten zählen,

Titius, de servitute faciendi. § 20.
Hofacker, princ. juris civ. Rom.-Germ. Tit. 2. p. 1. § 1148 sq.

---

1) Vergl. oben S. 54 Note 1.

Andere als Obligationen aus einem Bilateralcontracte do ut des vel facias, welche mit einer actio in rem scripta gegen jeden Dritten verfolgt werden können, ansehen,

Runde, deutsches Privatrecht § 281. 491.

Eichhorn, Einleitung § 166.

Andere für Hypothekenforderungen halten,

Unterholzner, Verjährung, Bd. II. § 254.

und wieder Andere sie als Verbindlichkeiten auffassen, die einem Grundstück, personificirt gedacht, und nicht dem Besitzer als bloßen Repräsentanten desselben, obliegen;

Duncker, Lehre von den Reallasten § 61 ff.

kommen Alle darin überein, daß die Ausübung der Reallasten die Rechte des juristischen Besitzes begründe.

Eichhorn, a. a. O.

Was die reine Auffassung erschwert, ist der deutsche Ursprung dieser dem Röm. Rechte im Allgemeinen fremden Rechtsverhältnisse auf der einen Seite, und auf der anderen die Anwendung von Analogien römisch-rechtlicher Institute auf dieselben, bevor sie ihren eigenen Entwickelungsgang vollenden konnten. Sie haben, soweit sie sich nicht auf die, das Grundeigenthum mit erfassende Vogtei und Landeshoheit gründen,

Eichhorn, deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, § 60. 448. 565.

ursprünglich im deutschen Sachenrecht, in der Gewere ihren Ursprung, sei es in dem genossenschaftlichen Gesammteigenthum oder Gemeindeverbande, sei es in der unvollkommneren Gewere nach Lehn- oder Hofrecht. Sie waren der Ausdruck dort des bestehenden Gesammteigenthums oder der Gemeindeangehörigkeit, hier der vorbehaltenen Proprietätsrechte bei abgeleiteter Gewere, des Obereigenthums, der Lehns- oder Hofesrührigkeit. Sie entsprachen dort der Aufnahme eines mit Grundbesitz Angesessenen in einen Gesammteigenthums- oder Gemeindeverband, hier der lehns- oder gutsherrlichen Investitur als Bedingung und Recognition. Von jener ersten Art sind die Leistungen, welche z. B. Markengenossen oder Gemeindemitglieder von ihren dem Marken- oder Gemeindeverbande angehörenden Grundstücken der Gesammtheit abzutragen, von dieser zweiten Art Dienste und Abgaben, welche Vasallen dem Lehnsherrn, Eigenbehörige dem Leibeigenthumsherrn, Hofesleute dem Hofesherrn, Erbgewinner dem Erbgewinnherrn, Erbzinsleute dem Erbzinsherrn zu leisten hatten. Im Verlauf der Zeiten bewendete es aber hiebei nicht. Dienste und Prästationen waren nicht immer das Zeichen und der Ausdruck oberherrlicher und Bedingung einer abgeleiteten, unvollkommenen Gewere. Es kam vor, daß sie als Surrogat

des Kaufpreises bei Abtretung des vollen Eigenthums stipulirt, daß immerwährende Dienste, Renten und Gülten für sonstige Gewährungen, als Schutzleistung, kirchliche Pflege, Darlehne u. s. w. einem Grundstück aufgelegt wurden. Was dort dem Boden der Gewere entwachsen war, indem die oberherrliche Gewere in der äußeren Erscheinung einer Obligation zu Tage trat, ging hier sichtlich umgekehrt aus dem Nexus der Obligation hervor und suchte in der Gewere seinen Haltpunkt. Mag nun aber die Verpflichtung als das Secundäre und als die äußere symbolische Seite eines auf dem festen Grunde der Gewere beruhenden Verhältnisses, oder als das Primitive und seine feste Grundlage erst in der Gewere Suchende und Empfangende sich darstellen: es ist doch immer die Verpflichtung, welche als das Charakteristische einer Reallast hervortritt, die Verpflichtung, welche entweder von Haus aus in der Gewere wurzelt und daraus hervorgewachsen ist, oder sich in der Gewere befestigt und mit ihr verwächst; und in beiden Fällen gestaltet sie sich als eine solche, ohne welche der Besitz eines Grundstückes nicht erlangt werden kann, welche, an das Grundstück und dessen Besitz geknüpft, auf jeden Besitzer übergeht, deren Uebernahme in der Uebernahme des Besitzes liegt.

Wenden wir uns nunmehr noch besonders zu den Bestimmungen des Preuß. Rechtes über Reallasten, so spricht dasselbe in dieser Beziehung von dem Rechte, jährliche Leistungen und Abgaben von dem Grundstücke eines Anderen zu fordern;

A. L. R. I. 9. § 509

von Lasten und jährlichen Abgaben, beständigen oder fortwährenden Lasten und Pflichten, die auf einem Grundstück haften, ihm aufgelegt sind, fortlaufenden Prästationen, die von einem Grundstück zu entrichten sind, fixirten Zinsen und Hebungen.

A. L. R. I. 11. § 175. 178. 183. 185.
A. L. R. I. 21. § 87 f. 292 f. 414. 495.
A. G. O. I. 50. § 358. 430.
A. L. R. II. 7. § 248.
Hyp.-O. Tit. 1. § 47—49. Tit. 2. § 109. 112.

Es gehören hieher:

1) die auf einem Grundstück haftenden, demselben aufgelegten gemeinen, öffentlichen fortwährenden Lasten oder Abgaben.

A. L. R. I. 11. § 175. 178.
Hyp.-O. Tit. 1. § 47.

2) Gemeinarbeiten und nachbarliche Pflichten.

A. L. R. II. 7. § 37 f.

3) Die mit dem Besitz eines Lehns verbundenen Dienste und anderen Obliegenheiten, welche der Vasall durch die Belehnung übernimmt.
A. L. R. I. 18. § 143.

4) Die gleichförmige und beständige Abgabe, gegen welche Jemanden der Besitz und Genuß eines Grundstückes (eines Zinsgutes) verliehen wird;
A. L. R. I. 18. § 680.
welche Abgabe, wenn dem Besitzer das volle Eigenthum gebührt, dieses nur belastet;
A. L. R. I. 18. § 681. 813.
und hinsichtlich deren der Zinsberechtigte einem Realgläubiger gleich geachtet wird;
A. L. R. I. 18. § 814.
während der Erbzins zum Anerkenntniß des Obereigenthums entrichtet wird.
A. L. R. I. 18. § 747.

5) Das von jedem neuen Erbzinsmann oder auch Erbpächter zu entrichtende Laudemium.
A. L. R. I. 18. § 714. 715.

6) Der Erbpachtzins.
A. L. R. I. 21. § 190.

7) Die auf bäuerlichen Besitzungen haftenden, darauf gelegten Dienste,
A. L. R. II. 7. § 138. 308 f.
Ges. vom 21. April 1825, für die westfäl. Landestheile, § 52, für die bergischen, § 31.
und die von bäuerlichen Stellen zu entrichtenden Grundzinsen, Geld- oder Naturalabgaben.
A. L. R. II. 7. § 472 f. — II. 11. § 815 f.
Ges. vom 21. April 1825, für die westfäl. Landestheile, § 38. 44. 45. 46. 56. 67; für die bergischen, § 19 (wo dem Gutsherrn hinfort wegen der ihm noch zustehenden Geldabgaben und Naturalleistungen die Rechte eines Realgläubigers beigelegt sind), § 20. 24. 25. 36. 48; für die französischen, § 19. 20. 23. 29. 34. 46.
Edict, die Regulirung der gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisse betreffend, vom 14. Sept. 1811, §. 1.
Ablösungs-Ordnung vom 7. Juli 1821 § 1. 2. 26. f.[1])

---

1) Vergl. das erst nach Vollendung dieser Abhandlung erlassene Gesetz, betr. die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850 (Ges.-S. S. 77).



8) Die Zehntbarkeit eines Grundstückes.

A. L. R. II. 11. § 865 f.

9) Beständig fortlaufende Abgaben und Prästationen, die zum Kirchenvermögen gehören, und die entweder auf allen Grundstücken gewisser Art in einem Ort oder District nach Gesetzen und Verfassungen, oder auf liegenden Gründen nur vermöge besonderer Contracte oder letztwilliger Verordnungen haften.

A. L. R. II. 11. § 229—232. 937.

Auch in dieser Uebersicht begegnen wir der oben angedeuteten Verschiedenartigkeit des Ursprungs der Reallasten. Sie sind

I. entweder ein Ausfluß der Landeshoheit, als Steuern und Staatslasten, oder
II. die Folge der Unterwerfung eines Grundstückes unter einen Gemeindeverband, als Gemeindelasten und nachbarliche Pflichten, oder
III. der Ausdruck, die Recognition vorbehaltener Proprietätsrechte an verliehenem Grundbesitz, wie beim Lehn, beim Erbzins, bei der Erbpacht u. s. w., oder
IV. eine bloße Gegenleistung für Grundverleihung oder sonstige Vortheile.

Während in den drei ersten Fällen eine unmittelbare Beziehung der Reallast zu der Sache vorherrscht, ist dieselbe im vierten mehr willkürlich und das Ergebniß freier Bewilligung oder Uebereinkunft. In diesem letzten Fall tritt die Natur eines Forderungsrechtes deutlicher, als in jenen Fällen, hervor, und hieraus wird es denn auch erklärlich, warum bei Leistungen jener letzten Art in den Gesetzen davon die Rede ist, der Berechtigte sei einem Realgläubiger gleich zu achten. (Vgl. oben unter Nr. 4 und 7.) Es scheint darin eine Andeutung zu liegen, daß die Rückwirkung eines solchen Rechtes auf die Sache, die Affection derselben durch ein solches Recht, mehr accessorischer Art sei, während der Zusammenhang der Verpflichtung mit der Sache in den übrigen Fällen als ein engerer, einer Vermittelung nicht bedürfender sich darstelle.

Sehen wir von diesem Unterschiede vorerst ab, so ergibt sich aus jener Uebersicht und den dabei angeführten Stellen, daß nach Preuß. Recht Reallasten überhaupt

a) unter den Begriff des Rechts, fortlaufende Leistungen und Abgaben zu fordern, einerseits, und als Obliegenheiten oder Pflichten andererseits, also als Forderungsrechte, näher aber wegen der bezweckten fortdauernden Verpflichtung als affirmative Rechte aufzufassen sind, daß nämlich

b) die den Gegenstand des Rechtes ausmachenden Prästationen als mit dem Besitz eines Grundstückes verbunden, als solche angesehen sind, die von dem Grundstück gefordert werden, dasselbe belasten, darauf haften, darauf gelegt sind.

Es geht hieraus zweierlei hervor, einmal, daß derartige Rechte als affirmative Rechte besessen werden, zum Anderen, daß sie eine dingliche Bestimmung, einen dinglichen Charakter haben. Ueber Beides ist näher zu handeln.

## § 11.

### 1. Vom Besitz bei Reallasten.

Für den Besitz der den Reallasten gegenüberstehenden Berechtigungen gibt die fortdauernde, fortlaufende Verpflichtung den Grund ab. Die Verpflichtung selbst, wie deren fortdauernde Bestimmung wird hervorgebracht durch Gesetz,

A. L. R. I. 11. § 178. 180.
A. L. R. II. 7. § 13.

Observanz, d. h. nach Verfassung und Gewohnheit der Gemeinden und Gesellschaften,

A. L. R. II. 7. § 31.
Hyp.=O. Tit. 1. § 48.

Vertrag,

A. L. R. II. 7. § 137.
A. L. R. I. 18. § 680.
Hyp. O. Tit. 1. § 49.

letztwillige Verordnung,

Hyp. O. Tit. 1. § 49.
A. L. R. II. 11. § 232.

oder Verjährung

A. L. R. II. 7. § 144. 146.

Bei der Verjährung muß der Besitz selbst erst das Recht constituiren helfen, während bei den anderen Erzeugungsgründen der Besitz sich des Rechtes als eines objectiv bereits fertigen Productes nur zu bemächtigen und dem Subjecte solches anzueignen braucht.

Es sind nicht etwa die einzelnen Leistungen, welche hier den Gegenstand des Besitzes ausmachen. Die juris possessio ergreift vielmehr hier, wie überall, den Stock und Stamm des Rechtes selbst, und die einzelnen Prästationen stellen nur die Ausübung des Rechtes dar. Eigenthümlich aber erscheint diese Ausübung bei Reallasten dadurch, daß, während bei negativen Rechten der Berechtigte unmittelbar selbst die

ausübende Handlung vornimmt, hier dieselbe von einem Andern zu Gunsten des Berechtigten vollzogen wird. Hierin bleibt die obligatorische Seite des Rechtsverhältnisses erkennbar. Während sich das Recht als solches durch Anlehnung und Befestigung an eine Sache versachlicht hat, sind es persönliche Leistungen, welche seine Ausübung bedingen.

Die Besitzergreifung bei einer Reallast geschieht nun dadurch, daß Jemand eine Handlung, die als eine fortdauernde Schuldigkeit, d. h. als eine mit dem Besitz seines Grundstückes immerwährend verbundene Schuldigkeit, von Seiten eines Anderen ihm abverlangt wird, wirklich leistet. Der letztere wird dadurch in den Besitz des Rechtes gesetzt, die Wiederholung dieser Handlung von dem Grundbesitzer zu fordern.

A. L. R. I. 7. § 80.

Es gehört demnach zur Besitzergreifung auf Seiten des Besitzergreifenden die Absicht, die Verpflichtung zu wiederholten Leistungen als eine aus dem Besitz des Grundstückes sich ergebende und denselben stets begleitende in Anspruch zu nehmen, und auf Seiten des Leistenden die Absicht, mit einer Leistung den Anfang zu machen, welche von ihm und jedem folgenden Besitzer der Sache um dieses Besitzes willen gefordert werden kann.

Steht die zu belastende Sache im Miteigenthum Mehrerer, so kann einer von ihnen durch seine Handlungen dem anderen nichts vergeben.

A. L. R. I. 7. § 89.

Die alternative Voraussetzung des Gesetzes in dieser Stelle, daß die Sache an sich untheilbar sei, oder die Mitbesitzer derselben sich im ungetheilten Besitze befinden, trifft bei jedem Miteigenthum zu, und die Bestimmung im § 88 a. a. O., daß Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen durch ihre Handlungen nur auf ihren Antheil verpflichtet werden, entbehrt daher aller Anwendbarkeit und Geltung.

Mit der ersten Leistung, wenn sie vollständig und fehlerlos erfolgte, ist das Recht, wiederholte Leistung von dem Besitzer der Sache zu fordern, erworben.

A. L. R. I. 7. § 109. 110.

Fehler, welche die Besitzergreifung eines solchen Rechtes hindern, sind:

a) wenn die erste Leistung durch Gewalt erzwungen oder
b) durch Betrug veranlaßt wird.

A. L. R. I. 7. § 97.

c) Wenn die Leistung ohne Wissenschaft des Eigenthümers der Sache erfolgt. Darum wird der Besitz einer Reallast gegen den Eigenthümer noch dadurch allein nicht erworben, wenn der Pächter eines Gutes sich zu einer gewissen Leistung auf eine nur an

diesen letzteren ergangene Aufforderung verstanden hat. Der Wissenschaft des Eigenthümers wird jedoch, abgesehen von dem Fall, daß dem Pächter Vollmacht zur Verfügung über die Sache selbst beigelegt ist, eine nur durch eigenes grobes oder mäßiges Versehen veranlaßte Unbekanntschaft mit der von dem Pächter geschehenen Leistung gleich geachtet.

A. L. R. I. 7. § 103—105.

d) Wenn die Leistung nur aus Freundschaft oder Gefälligkeit (precario), nicht in der Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung vorgenommen wird.

A. L. R. I. 7. § 106.

Im Allgemeinen streitet die Vermuthung gegen das precarium und für die Meinung einer vorwaltenden Verpflichtung, insofern nicht die individuellen Umstände des Falles diese Vermuthung entkräften.

A. L. R. I. 7. § 107. 108.

Verloren geht der Besitz einer Reallast, sowie eines affirmativen Rechtes überhaupt, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt.

A. L. R. I. 7. § 126.

Nicht durch die unterlassene fernere Ausübung an sich schon geht der einmal erlangte Besitz eines solchen Rechtes, wie überhaupt der Besitz eines Rechtes nicht, verloren;

A. L. R. I. 7. § 130.

es ist die mit Erfolg erklärte Versagung der Leistung, welche des Besitzes entsetzt.

Grävell, Besitz und Verjährung, zu § 82 d. T., hat angenommen, daß der Leistende sich durch solche Weigerung in den Besitz eines dem affirmativen Rechte entgegenstehenden Versagungsrechtes setze. Man ist häufig gegen diese Ansicht angegangen, z. B.:

v. Rönne, System, § 161. Not. 2.

Koch, Besitz, 2. Aufl. S 152. — Lehrbuch. I. § 174.

ohne zu beachten, daß ihr etwas Wahres zum Grunde liegt, welches nur unpassend bezeichnet ist und richtiger als Besitz der Freiheit von einer Reallast zu bezeichnen gewesen wäre. Eine solche Befreiung, z. B. von der Lehnsverbindlichkeit, einen Besitz der Freiheit von Lehnsdiensten, von Erbzinsgefällen oder Laudemien, von dem Zehntrecht, von der Besteuerung, und eine auf Grund des Besitzes dieser Befreiung durch Ver-

jährung zu erwerbende Freiheit von Lehnsdiensten, von Erbzinslasten, Zehnt- und Steuerfreiheit kennt allerdings das Gesetz.

A. L. R. I. 18. § 658. 663. 664. 812.
A. L. R. II. 11. § 870.
A. L. R. II. 14. § 80.

Von praktischer Bedeutung ist indessen dieser vom Gesetz anerkannte Begriff des Besitzes der Freiheit von einer Reallast weniger in Beziehung auf die Verjährung, weil der erlöschenden Verjährung neben der usucapio libertatis volle und allein ausreichende Wirkung beigelegt ist;

A. L. R. I. 9. § 509.
A. L. R. II. 11. § 871.
A. L. R. II. 7. § 494.

wovon nur Ausnahmen gemacht sind bei der Steuerfreiheit, welche durch usucapio libertatis bedingt ist,

A. L. R. I. 9. § 656 f.

sowie bei bäuerlichen Diensten und dem Zugzehnten oder Naturalzehnten insofern, als die Verwandlung der Naturaldienste in Dienstgeld und des Zug- in einen Sackzehnten, desgleichen des Naturalzehnten in eine Geldabgabe, von Verweigerung der Naturaldienste, des Zug- oder Naturalzehnten, sowie Annahme des Dienstgeldes, des Sackzehnten oder Zehntgeldes während der Verjährungszeit abhängig erscheint.

A. L. R. II. 7. § 429. — II. 11. § 924. 935.

Wohl aber behält jener Begriff des Besitzes der Freiheit seine praktische Bedeutung unter allen Umständen da, wo es sich um den Besitz und den Schutz des Besitzes handelt. (Vergl. unten § 18.)

## § 12.

### 2. Von der dinglichen Natur der Reallasten.

Wenn die Frage erhoben wird, ob Reallasten dingliche Rechte seien, so verstehen wir unter der Dinglichkeit die objective. Denn darüber, daß solche Rechte in subjectiver Beziehung, d. h. in Beziehung auf den Berechtigten, dinglich sein können, d. h. daß die Berechtigung mit dem Besitze einer Sache, eines Grundstückes, ohne Rücksicht auf die Person des Besitzers, verbunden sein kann,

A. L. R. I. 2. § 125.

ist nicht weiter zu streiten.

Fragen wir nun aber nach der objectiven Dinglichkeit der Reallasten, so ist es zuvörderst zweckmäßig, in der Kürze auf gewisse Rechte aufmerksam zu machen, die nicht selten den Reallasten beigerechnet worden sind, ohne daß sie ihrem Wesen nach dazu gehören. Dadurch ist

Verwirrung in die ganze Lehre und in die Beantwortung dieser Frage insbesondere gebracht. Hieher zu rechnen ist zuvörderst der **Altentheil** oder **Auszug**, worunter diejenigen Vortheile verstanden werden, welche der Uebernehmer einer Rusticalstelle dem vorigen Besitzer zu seiner Versorgung auf Lebenszeit anweist.

A. L. R. I. 11. § 602.

Bestehen diese Vortheile in der fortgesetzten Abnutzung eines gewissen Theils der Rusticalstelle (**Leibzucht**), oder in bestimmter Nutzung einzelner Grundstücke, oder in einem Wohnungsrechte, so kann das eingeräumte Recht allerdings durch den Besitz der betreffenden Sache dinglich werden; es ist alsdann aber keine Reallast, kein onus perpetuum für die belastete Sache, sondern ein in dem unvollständigen Besitz der Sache selbst bestehendes Nutzungsrecht, das Recht, ein fremdes Eigenthum zu gebrauchen, oder Früchte und Nutzungen daraus zu ziehen, entweder ususfructus oder usus oder habitatio.

A. L. R. I. 21. § 1—3. 8. f. 23.
A. L. R. I. 19. § 24 f.
Hyp. O. Tit. 1. § 50.

Bestehen aber jene Vortheile in persönlichen Leistungen des Gutsübernehmers, z. B. in Lieferung der Lebensbedürfnisse überhaupt oder bestimmter jährlicher Naturalien oder Summen, so liegt nichts vor, als eine gewöhnliche Obligation aus einem gewagten Geschäft. Ebenso verhält es sich mit dem Recht auf Erhebung einer Leibrente.

A. L. R. I. 11. § 595 f. 606 f.

Dergleichen Ansprüche belasten nie von Haus aus und unmittelbar das Eigenthum eines Grundstückes. Nur durch ein accessorisches dingliches Recht, ein Hypothekenrecht, ist es möglich, ihnen eine mittelbare dingliche Einwirkung auf ein Grundstück beizulegen.

Mit der Hypothek aber ist die Dinglichkeit der Reallasten nicht zu verwechseln, und dieselbe überhaupt in ihrer Besonderheit aufzufassen. Wenn man Reallasten dingliche Rechte nennt, so ist dies so zu verstehen, daß das Recht passiv einer Sache anklebt, daß die Verpflichtung zu dem dare oder facere mit dem Besitze eines bestimmten Grundstücks verbunden ist. Allein Reallasten unterscheiden sich dadurch wesentlich von den übrigen und im eigentlichen Sinne dinglichen Rechten, daß bei den letzteren die Ausübung unmittelbar die Sache selbst betrifft und nur ein negatives Verhalten des Besitzers voraussetzt, daß sie mithin bloß in das Eigenthumsrecht eingreift und dasselbe beschränkt; während bei den Reallasten die Ausübung des Berechtigten auf eine positive persönliche Leistung des Besitzers der Sache gerichtet ist, dessen

persönliche Freiheit zu handeln positiv beschränkt. Es vermischt sich hier also dingliches und persönliches Recht auf eigenthümliche Weise; es ist Obligation an eine Sache geheftet, und der Besitz dieser Sache ist es, der dem Nexus dieser Obligation unterwirft. Dies ist nicht etwa so zu erklären, als seien Reallasten Hypothekenforderungen, als sei das dingliche Element bei ihnen ein bloß accessorisches, denn sonst würde die Sache bloß für das Interesse der Leistung haften; oder so, als sei vermöge einer rechtlichen Fiction das Grundstück als der personifizirte Träger der Verbindlichkeit und der Besitzer nur als Repräsentant des Grundstücks anzusehen. Die Obligation wurzelt zwar dinglich in der Sache, allein sie wird auch persönlich und individuell in dem jeweiligen Besitzer derselben. Oder mit andern Worten: die Verpflichtung im Ganzen, der Stamm der Verpflichtung ist dinglich und immobil, indem sie dem Gute anklebt, die einzelnen Leistungen aber sind persönlich und mobil.

Sieht man sich nun nach dem Grunde und nach der Bedingung der Dinglichkeit der Reallasten um, so beruht sie eben in dem Besitze des Rechtes. Betrachtet man die allgemeinen Grundsätze des A. L. R. über objectiv-dingliche Rechte, so scheinen sie einer Anwendung auf Reallasten zu widerstreben.

„Solche Rechte heißen dinglich, deren Gegenstand eine Sache ist, ohne Rücksicht auf die Person, bei welcher diese Sache sich befindet."

„Dergleichen Rechte, die ihrem Gegenstande nach dinglich sind, heißen Rechte auf die Sache."

A. L. R. I. 2. § 127. 128.

„Die Erwerbung eines Rechtes auf fremde Sachen setzt bei dem Erwerbenden ein vorhergehendes Recht zur Sache voraus."

A. L. R. a. a. O. § 133.

„Wenn demjenigen, der ein persönliches Recht zu einer Sache hat, der Besitz derselben auf den Grund dieses Rechts eingeräumt wird, so entsteht dadurch ein dingliches Recht auf die Sache."

„Rechte, welche mit dem Besitze der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, haben die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes nur alsdann, wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist. (Tit. 20. § 8.)"

A. L. R. a. a. O. § 135. 136.

Der in der letztgedachten Bestimmung angezogene § 8. Th. I. Tit. 20 redet von dem Hypothekenrecht des Gläubigers, welches durch Eintragung seines Titels zum Pfandrecht entstehe.

Die oben gedachten Stellen setzen offenbar ihren Worten nach Rechte voraus, deren Gegenstand eine fremde Sache, und deren Bestimmung darauf hinausgeht, diese Sache ganz oder in gewissen Beziehungen der unmittelbaren Herrschaft des Berechtigten zu unterwerfen.

Eigenthum, Nutzungs- und Gebrauchsrechte, Faustpfand und Servituten sind nur Rechte, bei denen der Besitz der Sache selbst geeignet ist, das dingliche Recht hervorzubringen. Bei Reallasten aber ist nicht die fremde Sache selbst, gegen deren Besitzer das Recht ausgeübt werden soll, Gegenstand des Rechtes; der Gegenstand des Rechtes ist vielmehr die Gerechtigkeit, die Leistungspflichtigkeit. Die Reallast selbst und die Dinglichkeit des Rechtes soll nur in der Verknüpfung der passiven Verbindlichkeit mit dem Besitz einer Sache bestehen. Wollte man nun annehmen, hier lasse sich die Dinglichkeit nur durch Eintragung eines Hypothekenrechtes erzielen, so würde man damit zu der Ansicht sich bekennen, welche die Dinglichkeit der Reallasten nur in der Form von Hypotheken anerkennt und jene mit diesen verwechselt. Zu diesem Resultat ist in der That der Plenarbeschluß des Geheimen Ober-Tribunals vom 28. April 1840 gelangt, indem er das Recht der Dorfschmiede, gegen Besorgung der Ackerwerkzeuge für die Gutsherrschaft und die Dorfeinsassen eine gewisse, ein für allemal bestimmte Vergütung, Schmiede- oder Schärfkorn genannt, zu beziehen, für ein durch Leistung nicht und nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch dinglich werdendes Recht erachtet hat. Dieser Ansicht läßt sich nicht beitreten.

Wäre sie richtig, so hätten die Bestimmungen des A. L. R. über affirmative Rechte und über deren Besitz nicht die mindeste rechtliche Bedeutung. Mit Unrecht beruft sich diese Ansicht auf den § 136 Th. I. Tit. 2 und § 5. Th. I. Tit. 21 des A. L. R. Die ersterwähnte Bestimmung, von der die zweite nur eine Anwendung ist, enthält gerade die wichtige, aber nicht gehörig erwogene Festsetzung: „daß Rechte, welche mit einem Besitze der Sache, die ihren Gegenstand ausmacht, nicht verbunden sind, die Eigenschaft eines dinglichen Rechtes nur dann, also doch dann haben, wenn ihnen dieselbe durch ein besonderes Gesetz beigelegt ist.“ Erstens aber ist nun nicht außer Acht zu lassen, daß der Gegenstand der Reallasten nicht das Grundstück, sondern die das Grundstück behaftende Gerechtigkeit ist, daß sie also allerdings mit dem Besitze der, ihren Gegenstand ausmachenden Sache, d. h. der Gerechtigkeit, verbunden sind; zweitens, wenn man auch das Grundstück selbst vermöge der Rückwirkung der Reallast auf dasselbe, als den Gegenstand des Rechtes ansehen will, ist auch den Reallasten vielfältig in den Gesetzen, wie sie oben angeführt sind, die Eigenschaft dinglicher Rechte, d. h. solcher, welche auf der Sache haften, dieselbe belasten, ihr aufgelegt sind, beigelegt, und es würde ganz unzuläßig sein, als besonderes Gesetz der fraglichen Art bloß den vom § 136 cit. angezogenen § 8. Th. I. Tit. 20 gelten zu lassen, der vielmehr nur ein

einzelnes Beispiel enthält. Dazu kommen, wie bemerkt, die gesetzlichen Bestimmungen über den Besitz affirmativer Rechte.

Mit Einem Wort, wenn und insofern Reallasten besessen werden, haben sie auch die Natur dinglicher Rechte. Es kommt nur darauf an, wie dieser Besitz des Rechtes in dem Falle festgehalten werde, wenn das Grundstück, mit dem es passiv verknüpft sein soll, von einem Besitzer auf den anderen übergeht.

Die Verknüpfung soll allerdings nach der ursprünglichen Bestimmung des Rechtes eine fortdauernde sein. Allein es ist wohl zu beachten, daß der wesentliche Charakter des Rechtes ein obligatorischer ist, und der dingliche Nexus nur in dem Verhältniß des Obligirten zu der Sache besteht, welches sein Besitz begründet. Diese Verknüpfung von Obligation und Sache durch das Band des Sachbesitzes würde nun mit dem Wechsel der das Grundstück besitzenden Personen der Auflösung ausgesetzt sein, wenn nicht für eine Wiederverknüpfung gesorgt wäre. Denn auf den neuen Besitzer muß, soll jener Nexus sich fortsetzen, nicht allein der Besitz des Grundstückes, sondern auch die Verpflichtung übergehen. Ohne Weiteres und ohne Vermittelung geht dies aber nicht von statten. Die Wiederverknüpfung und damit die Fortdauer des Rechtes als Reallast kann also allein dadurch bewirkt werden, daß der neue Besitzer das Grundstück mit der Verbindlichkeit als einer, demselben aufliegenden Last übernimmt. Er muß als successor nicht allein in den Besitz, sondern auch in die Reallast eintreten. Wie geschieht dies nun?

Nach der Hypothekenordnung, Tit. I. § 47, sollen die auf einem Grundstück haftenden beständigen Lasten im Hypothekenbuch unter der zweiten Rubrik eingetragen werden. Nach § 48 sind unter den einzutragenden Lasten jedoch keineswegs zu verstehen gemeine Lasten und Pflichten, welche nach der Verfassung des Ortes, des Kreises oder der Provinz von allen Grundstücken derselben Art an den Landesherrn, die Obrigkeit, die Kirche oder Geistlichkeit zu entrichten sind; als Contribution, Lehnscanon, Steuern, Dienste, Servis, Feuersocietätsgelder, Hufen- und Giebelschoß, Dezem, Kirchen-, Pfarr- und Küstergebühren und andere nachbarliche Präſtationen; da dergleichen Abgaben von dem im Hypothekenbuch eingetragenen Werthe des Gutes schon abgezogen sind, ein Käufer aber, oder wem sonst daran gelegen ist, sich darnach besonders zu erkundigen hat. — Dagegen gehören nach § 49 in das Hypothekenbuch solche beständige Lasten, die auf ein Grundstück durch einzelne Verträge, Stiftungen, Vermächtnisse oder sonst, vermöge eines speciellen Titels, gelegt sind, als: Erbzins- und Erbpachtsgelder, unablösliche

Geld- oder Kornzinsen; Renten und andere Hebungen, welche gewissen einzelnen oder auch moralischen Personen, Kirchen, Klöstern oder anderen milden Stiftungen von einem solchen Grundstück gebühren, und die ein Kauflustiger bei Abgebung seines Gebotes von dem Ertrage gewöhnlich abzuziehen pflegt.

Vgl. A. L. R. II. 11. § 229—232.
A. G. O. I. 50. § 357. 358.

Hieraus geht nun hervor:

1) daß die Eintragung in das Hypothekenbuch ein Mittel ist, die Dinglichkeit einer Reallast zu begründen, den fortdauernden Uebergang der Verpflichtung mit dem Uebergange des Besitzes zu bewirken. Allein sie ist

2) nicht das ausschließliche Mittel, denn gemeine Lasten und Pflichten gehen, ohne daß es der Eintragung bedarf, von selbst auf jeden neuen Erwerber der Sache über. Vor Allem aber ist

3) die Eintragung in das Hypothekenbuch, wenn und wo sie geschieht, nicht als eigentliche Hypothek zu betrachten. Denn sie geschieht nicht zur Bestellung eines accessorischen Pfandrechts in der dritten Rubrik, sondern zur Einprägung des Rechtes als einer beständigen Last in der zweiten Rubrik, und zwar ohne besondere Bewilligung der Eintragung, ohne Verpfändung und clausula intabulandi, auf bloßen Antrag. Sie geschieht aber, wie das Gesetz sagt, zu dem Zweck, um dem neuen Erwerber Kenntniß von dem Vorhandensein einer solchen Last zu geben, ihn in die Lage zu bringen, sich dieser Last durch den Erwerb der Sache zu unterwerfen.

Wie gestaltet sich nun aber die Sache, wenn bei Reallasten, die nicht gemeine Lasten sind, die Eintragung unterblieben ist, und das Grundstück auf den neuen Besitzer übergeht?

Nach der gemeinen, auf die Hypothekar-Ansicht gegründeten Meinung würde das Recht in einem solchen Falle niemals als dingliches gegen den neuen Besitzer verfolgt werden können, und zwar um so weniger, als bei einer Collision zwischen einem nicht eingetragenen Hypothekengläubiger und einem Eigenthums-Prätendenten ersterer sich nicht auf seinen früheren Titel und die Wissenschaft des letzteren vor dem Eigenthumserwerb berufen kann, vielmehr die Tradition der Sache an den neuen Erwerber alle Ansprüche des Gläubigers an die Sache ausschließt.

Plenarbeschluß des Geh. Ober-Trib. vom 12. Juni 1843.

Allein eine Reallast ist kein accessorisches dingliches Recht; sie macht den Besitzer einer Sache, weil er es ist, zur persönlichen Leistung verhaftet,

sie beschränkt sein Eigenthumsrecht durch eine demselben sich anhängende persönliche Verpflichtung. Das A. L. R. zählt darum die Reallasten mit zu den Rechten auf fremdes Eigenthum, wenn es bestimmt:

„Das Eigenthum einer Sache kann durch Befugnisse, die einem Anderen in Beziehung auf dieselbe zukommen, eingeschränkt und belastet werden."

A. L. R. I. 19. § 1.

Veräußert nun der Besitzer die Sache, hinsichtlich deren er sich einer Belastung durch persönliche Leistungen unterworfen hat, so löst sich das Band, welches die Verpflichtung mit dem Besitz verknüpft hat, auf, die Verpflichtung wird, insofern sie nicht wieder verknüpft wird, eine rein persönliche, die Grundlage der Dinglichkeit ist ihr entzogen, sie ist entwurzelt. Von dem Besitze des Rechtes, weil und insofern dazu die Grundbedingung der Fortdauer durch Verbindung mit dem Besitz einer Sache fehlen würde, könnte nicht mehr die Rede sein.

Es gibt nun folgende Wege der Wiederverknüpfung:

1) indem der neue Erwerber die Verpflichtung des vorigen Besitzers mit übernimmt.

A. L. R. I. 19. § 3.

2) Indem dem neuen Erwerber nachgewiesen werden kann, daß ihm das Recht des Realberechtigten zur Zeit der Besitzergreifung schon bekannt gewesen sei. Denn alsdann kann er sich auf die Tradition zur Ausschließung des Anspruchs nicht berufen.

A. L. R. I. 19. § 5. 6.

In den Gründen des Plenarbeschlusses vom 12. Juni 1843 ist zwar versucht auszuführen, daß die Bestimmungen in §§ 4. 5. 6. I. 19 des A. L. R. auf die Collision des Eigenthumstitels mit Titeln zu Rechten auf fremdes Eigenthum keine Anwendung finden; es kann aber nur zugegeben werden, daß diese Bestimmungen auf die Collision zwischen dem Eigenthumsprätendenten und zwischen Hypothekengläubigern nicht passen. Daß sie im Uebrigen aber auf den Conflict zwischen dem neuen Erwerber des Eigenthums und Rechten auf dieses fremde Eigenthum Anwendung erleiden, ergeben klar nicht allein der § 3 d. T., sondern auch die §§ 5. 6. Th. I. Tit. 21., § 630. Th. I. Tit. 20., § 359. Th. I. Tit. 21. des A. L. R.[1])

Es kommt also, um den neuen Erwerber der Sache einer Reallast zu unterwerfen, darauf und nur darauf an, daß er um das Bestehen der Reallast vor seiner Besitzergreifung gewußt hat. Denn in

1) Vergl. Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts B. 1 S. 461 f. Dr. Prinz, der Einfluß der Hypothekenbuchsverfassung auf das Sachenrecht S. 64 f.

diesem Wissen und gleichwol Erwerben der Sache ist die Einwilligung in die Fortdauer der Belastung enthalten. Zu diesem und zu keinem anderen Zweck schreibt die Hyp.-Ordn. Eintragung der nicht gemeinen Reallasten vor. Wird dieser Zweck auf andere Weise erreicht, so genügt dies ebenso vollständig, wie das Mittel der Eintragung. Der neue Besitzer unterwirft sich stillschweigend der ihm bekannten Reallast, als einer **lex possessionis.**

Eben diese Unterwerfung und eine Herstellung des persönlich gewordenen Anspruches muß aber auch

3) darin liegen, wenn der neue Erwerber des Grundstückes die Leistung der Reallast fortsetzt. Denn darin liegt neben der stillschweigenden Uebernahme der Verpflichtung die Wiedereinräumung des Besitzes des Rechtes als eines das Eigenthum der Sache belastenden.

Was die zu 2 erwähnte Wissenschaft um das Recht des Realberechtigten auf Seiten des neuen Erwerbers betrifft, so entsteht noch die Frage, wie weit die Wissenschaft sich erstrecken möchte. In dieser Beziehung ist nun zu unterscheiden, ob die betreffenden Reallasten aus einer bestimmten Eigenschaft des Grundstücks, auf dem sie haften, hervorgegangen oder das Ergebniß einer Vereinbarung oder Stiftung sind, welche von einer bestimmten Eigenschaft der Sache unabhängig ist. Im ersten Fall, der durchgehends bei vorbehaltenen Proprietätsrechten, mithin bei Lehn-, Erbzins-, Erbpachtgütern oder Rusticalstellen mit getheiltem Eigenthum vorkommt, genügt es unstreitig, wenn dem Erwerber, sei es aus dem Hypothekenbuch, sei es auf andere Weise, die Eigenschaft des Grundstücks bekannt geworden ist, um Lehnsdienste, Laudemium oder Erbzins, Erbpachtcanon und bäuerliche Leistungen als Reallasten mit dem Grundstücke auf ihn übergehen zu lassen. Denn solche Leistungen, welche aus der Natur und Eigenschaft der Sache von selbst zu vermuthen sind,

A. G. O. I. 50. § 358.

gehen auf den Uebernehmer von selbst mit über, wie Nutzungsrechte, denen eine Sache vermöge des Gesetzes unmittelbar unterworfen ist.

A. L. R. I. 21. § 6.

Im anderen Falle genügt natürlich nur die Kenntniß, daß und welche besondere Leistung einem Grundstück aufgelegt sei. Hiernach erklärt sich näher, wovon bereits oben im § 10 die Rede gewesen ist, warum in den dort hervorgehobenen drei ersten Fällen die Verbindung der Verpflichtung mit der Sache als eine engere erscheint, als in dem vierten Falle, wo der Berechtigte mehr als Realgläubiger betrachtet wird.

Es heißt dies nicht, wie Koch, Lehrbuch, 1. Bd. § 351, annimmt, daß der Zins- oder sonst aus einem speciellen Titel Realberechtigte nur wie ein Hypothekengläubiger zu betrachten sei, wohl aber, daß die Eintragung seines Rechtes für ihn nothwendiger, die Gefahr eines unterbrochenen Ueberganges der Verpflichtung auf den neuen Besitzer nämlich größer sei. Seit der Befreiung des bäuerlichen Grundbesitzes von der gutsherrlichen Unterthänigkeit durch die neuere Gesetzgebung, und wo diese insbesondere das getheilte Eigenthum voll gemacht hat, ist auch für bäuerliche Gutslasten die deren Realqualität conservirende, weil erkennbare Eigenschaft solcher Grundstücke beseitigt, und der ehemalige Gutsherr ganz in dieselbe Lage solcher Realberechtigten gebracht worden, deren Anspruch aus einem besonderen Rechtstitel entstanden und schlechthin aus diesem erkennbar ist.

§ 13.

B. Gemeindelasten und Gemeindepflichten.

Wir verstehen hierunter nicht die von den Gemeindemitgliedern an die Gemeinde oder zu deren Zwecken zu leistenden Abgaben und Dienste;

A. L. R. II. 7. § 37 f.

denn diese sind, sofern sie mit Beziehung auf ihre Grundstücke geleistet werden, Reallasten, sonst aber gehören sie der folgenden dritten Kategorie affirmativer Rechte an. Wir verstehen vielmehr darunter fortdauernde Lasten und Pflichten, welche eine Gemeinde, als solche, als moralische Person, zu tragen und zu erfüllen hat.

A. L. R. I. 7. § 90 f.

Hier ist die Fortdauer des Rechtes durch die Fortdauer der moralischen Person gesichert, und damit die Bedingung des Besitzes eines solchen Rechtes für den Berechtigten von selbst gegeben.

§ 14.

C. Rechte einer bestimmten Botmäßigkeit über fremde Handlungen.

Die dritte Klasse der affirmativen Rechte besteht in solchen Berechtigungen, die aus einer generellen Herrschaft über bestimmte Handlungen innerhalb eines bestimmten Bereiches hervorgehen. Eine solche Botmäßigkeit, sei sie ursprünglicher Art, wie diejenige des Staates oder der Kirche, oder sei sie abgeleiteter Art, wie bei verliehenen Regalien oder Privilegien, hat dort als Hoheitsrecht, hier als Gerechtigkeit, eine derartige Selbstständigkeit und Dauerbarkeit, daß sie an und für sich etwas Sachliches, Eigenthumartiges, Besitzbares an sich trägt. Es gehören hierher:

1) Hoheitsrechte des Staates, als das Besteuerungsrecht, das

Militairdienstrecht, das Recht auf Leistung öffentlicher Dienste, die oberste Gerichtsbarkeit u. s. w.

A. L. R. II. 13. § 15. 16.
A. L. R. II. 10. § 1 f.
A. L. R. II. 14 § 2.
A. L. R. II. 15. § 13 f.
A. L. R. II. 17. § 3 f. 18.

2) Die Kirchengewalt, insonders die Episcopal- und Parochial-Gewalt.
A. L. R. II. 11. § 121 f. 260 f. 418 f.

3) Manche aus den Hohheitsrechten des Staats,
A. L. R. II. 14. § 24—35.
oder der Kirche abgeleitete Regalien, Privilegien oder Vorrechte, als:
a) die verliehene Gerichtsbarkeit mit deren Früchten;
A. L. R. II. 17. § 19 f. 113 f.
b) die Zollgerechtigkeit;
A. L. R. II. 15. § 88 f.
c) das Patronatrecht, insofern es die Gewährung gewisser Ehrenrechte umfaßt;
A. L. R. II. 11. § 586 f.
d) der Pfarrzwang und das Recht der Pfarrer auf Stolgebühren;
A. L. R. II. 11. § 418 f. 423 f.
e) das Recht der Gemeinden auf gemeine Arbeiten, Abgaben und Dienste, soweit diese nicht mit einem Grundstücke verbunden sind.

In den einzelnen, solchen Botmäßigkeitsrechten entsprechenden Handlungen von Seiten der Unterworfenen vollzieht sich nur die Ausübung dieser Rechte selbst, besteht der Besitz derselben. Sie können zugleich subjectiv-dinglich sein, wie die Patrimonial-Gerichtsbarkeit, wenn sie einem Gute zusteht,

A. L. R. II. 17. § 23 f.

oder das Patronatrecht.

A. L. R. II. 11. § 598.

§ 15.

II. Negative Rechte.

Ein negatives Recht besteht darin, von einem Andern zu fordern, die fortdauernde Ausübung gewisser Handlungen zu leiden.

A. L. R. I. 7. § 81. 82.

Da die Handlungen eines Menschen in Beziehung auf einen anderen nur insofern von rechtlichem Interesse sein können, als dieselben

das Vermögen des letzteren betreffen, so versteht es sich von selbst, daß sie sich auf dieses Vermögen des Anderen beziehen müssen. Indessen genügt es daran im Allgemeinen noch nicht, um den Begriff eines negativen Rechtes hervorzubringen, d. h eines Rechtes, von dem sich sagen läßt, es werde besessen. Ein negotiorum gestor, mag er auch Handlungen in Beziehung auf fremdes Vermögen vornehmen, ein Bevollmächtigter, obgleich er dasselbe thut, setzt sich darum noch nicht in Besitz des Rechtes, zu fordern, daß der Andere seine Handlungen ferner leide. Es bleibt bei einem bloßen Contracts= oder Quasicontracts=Verhältniß.

Ein eigentliches, besitzbares negatives Recht entsteht erst da, wo die Handlungen des Berechtigten in selbstnütziger, in der Absicht, für sich selbst zu verfügen, eine bestimmte Sache eines Anderen zum Gegenstande haben, eine Einschränkung des Eigenthumsbesitzes durch eine Befugniß bezwecken, welche dem Berechtigten den unvollständigen Besitz der Sache und den vollständigen des einschränkenden Rechtes gewährt. Mithin gehören hieher nur folgende eigentlich dingliche Rechte:

1) Das Recht des Pfandbesitzes.
2) Das Recht des Gebrauches und der Nutzung einer fremden Sache, Nießbrauch, Gebrauchsrecht, Erbpacht, Pacht, Miethe, Culturnutzungsrecht.
3) Affirmative Servituten, d. h. Grundgerechtigkeiten, die in Ausübung bestimmter Handlungen des Berechtigten in einem Grundstück bestehen.
4) Das Bergwerksregal, d. h. das Recht, gewisse unterirdische Naturproducte in dem Grundeigenthum auch eines Anderen zu suchen und daraus hervorzufördern.

A. L. R. II. 16. § 69 f.

Im Allgemeinen wird der Besitz eines negativen Rechts erworben:

a) durch das Unternehmen einer entsprechenden Handlung,
b) in der Meinung des Handelnden, daß ihm dazu ein fortdauerndes Recht zustehe,
c) unter Umständen, wo der Andere der Handlung widersprechen konnte,
d) ohne dessen Widerspruch auf frischer That oder sogleich nach erhaltener Kenntniß von der Handlung.

A. L. R. I. 7. § 81–85.

Das Nähere hierüber ist von uns bereits in den beiden Aufsätzen über Grundgerechtigkeiten, sowie über Prohibition und Protestation beim

Besitz, Arnsberger R. Archiv, Jahrg. XI. S. 382 f. und Jahrg. XII S. 74 f. entwickelt worden, worauf hier verwiesen werden kann.

Gegen eine Gemeinde wird der Besitz indessen nur erlangt, wenn keines ihrer Mitglieder der zur Kenntniß ihrer Repräsentanten oder Vorsteher gelangten Ausübung widersprochen hat.

A. L. R. I. 7 § 93. 94. 95.

Wie das Bergwerkseigenthum durch Erschürfung, Muthung und Belehnung in Besitz genommen werde, ist besonders in den Gesetzen bestimmt.

A. L. R. II. 16. § 141 f.

Verloren geht der Besitz negativer Rechte:

a) mit Ablauf einer gewissen Zeit, auf welche, oder mit Eintritt einer auflösenden Bedingung, unter welcher der Besitz eingeräumt worden ist.

A. L. R. I. 7. § 131—133.

b) Wenn der Andere den Besitz des entgegenstehenden Untersagungsrechtes erwirbt.

A. L. R. I. 7. § 127.

Das Nähere hierüber ist in den oben angeführten Aufsätzen ausgeführt.

## § 16.

### III. Untersagungsrechte.

Ein Untersagungsrecht besteht darin, von einem Anderen die Unterlassung einer bestimmten Handlung zu verlangen. Der Besitz desselben wird erworben:

1) vermittelst der Einräumung durch eine rechtsgültige Willenserklärung;

A. L. R. I. 7. § 87.

2) dadurch, daß auf das Verbot des Einen der Andere von einer unternommenen Handlung absteht. Was aber Gemeinden betrifft, so müssen, soll anders gegen sie Besitz ergriffen werden, alle Mitglieder dem Verbote Folge leisten.

A. L. R. I. 7. § 86. 92. 94. 95.

3) Durch Gesetz.

A. L. R. I. 22. § 1. — I. 8. § 33 f.

Was einem solchen Recht die Eigenschaft des Besitzbaren verleiht, ist das, daß seine Wirksamkeit nicht etwa auf einmaliges Nichthandeln bei bestimmter Gelegenheit, sondern auf die zukünftige Unterlassung einer gewissen Handlung überhaupt berechnet ist. Dieses fortdauernde Gebundensein der Freiheit zu handeln wird für den Berechtigten ein Gegenstand des stabilen Anspruchs, der dadurch, daß ihm entsprochen

wird, nicht sein Ende erreicht, sondern seine Fortdauer, seinen Besitz zu erkennen gibt.

Es genügt aber zu dem Begriff eines Untersagungsrechtes in diesem Sinne der fortdauernden Verpflichtung, irgend eine Handlung nicht auszuüben, noch keineswegs die einfache Einschränkung der persönlichen Freiheit zu handeln, z. B. die Verpflichtung, sich bis zum dreißigsten oder fünfundzwanzigsten Lebensjahr nicht zu verheirathen.

A. L. R. I. 4. § 10.

Ein solches Recht würde noch immer in den Gränzen einer bloß persönlichen Obligation bleiben.

A. L. R. I. 2. § 125.
A. L. R. I. 11. § 869.

Soll ein besitzbares Untersagungsrecht hervorgebracht werden, so muß dasselbe nicht innerhalb der Sphäre der bloß persönlichen Verpflichtung eines bestimmten Individuums bleiben, vielmehr in einem anderen Element eine allgemeinere und über die Individualität hinaus wirksame Herrschaft gewinnen. Das Recht muß nämlich

1) entweder eine bestimmte, im Eigenthum des Verpflichteten enthaltene Befugniß zu handeln, darüber zu schalten, vinculiren, also in einer Sache sich befestigen. Dies geschieht

 a) durch Einräumung oder Ausübung einer s. g. negativen Servitut, d. h. des Rechtes, von dem Eigenthümer eines Grundstückes zu verlangen, daß er in demselben gewisse Handlungen unterlasse, z. B. nicht baue oder nicht höher baue.

 A. L. R. I. 9. § 506, 507.
 A. L. R. I. 22. § 145. 146.

 b) Durch gesetzliche, einem Grundeigenthümer zum Besten des Nachbarn auferlegte Beschränkungen in Beziehung auf die Freiheit zu handeln.

 A. L. R. I. 8. § 122. 123. 129. 131. u. s. w.

2) Oder es muß das Recht, eine gewisse Handlung zu untersagen, als eine innerhalb eines bestimmten Bezirkes (häufig eines Gemeindebezirkes) herrschende Gerechtigkeit sich geltend machen. In dieser Art gestaltet sich die Zwangsgerechtigkeit, die Befugniß, den ihr unterworfenen Personen die Anschaffung oder Zubereitung gewisser Bedürfnisse bei jedem Anderen, als dem Berechtigten, zu untersagen.

A. L. R. I. 23. § 3.

Insofern diese Befugniß dem Berechtigten gegen alle Einwohner

eines gewissen Bezirkes oder gegen gewisse Klassen derselben zusteht, heißt sie ein Bannrecht.

A. L. R. I. 23. § 4.

Der Besitz eines Untersagungsrechtes geht verloren dadurch, daß der Andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechtes gesetzt hat.

A. L. R. I. 7. § 128.

## § 17.

### IV. Rückblick. — Beantwortung der Frage, ob Besitz an Capitalien stattfinde.

Wir haben bisher die drei Kategorien der besitzbaren Rechte betrachtet und gefunden, daß nur solche Rechte in dieselben gerechnet werden können, welche entweder wirklich objectiv-dingliche Rechte sind, d. h. diese Eigenschaft sei es durch unmittelbaren Besitz oder Gebrauch einer körperlichen Sache selbst — (die negativen Rechte), — sei es durch Einschränkung irgend einer in dem Eigenthum enthaltenen Befugniß zu handeln gewinnen — (die Mehrzahl der Untersagungsrechte), — oder welchen, wenn sie die Leistungen oder Unterlassungen anderer Personen zum Gegenstande haben, einmal durch ihre, nicht auf ein jeweiliges Individuum als verpflichtete Persönlichkeit sich beschränkende Tendenz eine fortdauernde Wirksamkeit zukommt, und die zum Anderen, sei es durch Anlehnung der Verpflichtung an den Besitz eines Grundstückes — (bei Reallasten), — sei es durch einen generellen Charakter ihrer Herrschaft — (wie bei den übrigen affirmativen und Untersagungs-Rechten) — substantielle Consistenz, die Selbstständigkeit einer Gerechtigkeit empfangen.

Nur bei diesen Arten von Rechten kann auch von den charakteristischen Kennzeichen des Besitzes, von einer Quasi-Tradition, von Schutz des Besitzes, von Acquisitiv-Verjährung die Rede sein.

Bei allen übrigen rein persönlichen Rechten, Obligationen, leuchtet das Gegentheil von selbst ein. Nur hinsichtlich der Capitalien, bei denen, wie wir oben (§ 6. 7.) sahen, das Gesetz von Besitz redet, muß ein näheres Verständniß dieser scheinbaren Ausnahme herzustellen versucht werden.

Zum Capitalvermögen rechnet das Gesetz die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Banknoten, Pfandbriefe, Actien u. s. w., sie mögen Zinsen tragen oder nicht, gleich anderen Schuldinstrumenten.

A. L. R. I. 2. § 12.

Bleiben wir zunächst bei diesen letzterwähnten Schuldinstrumenten stehen, so gehören hieher nicht nur die über ein empfangenes Darlehn ausgestellten Schuldscheine,

A. L. R. I. 11. § 730 f.

wobei zu bemerken ist, daß für Darlehnsforderungen vorzugsweise in den Gesetzen der Ausdruck Capital gebraucht wird,

A. L. R. I. 11. § 778. 799. 800. 816. 823. 825. 836—840. 843—845. 847.

sondern auch die über andere rückständige Zahlungen, Kaufgelder u. s. w., ertheilten Schuldbekenntnisse.

A. L. R. I. 11. § 867.

Es müssen aber auch Darlehns- und andere Forderungen über rückständige Zahlungen, die nicht durch einen Schuldschein verbrieft sind, zu den Capitalien gerechnet werden, denn jener ist nur das Beweismittel, nicht selbst Grund oder Gegenstand des Forderungsrechtes.

A. L. R. I. 11. § 727. 866. 867.

In welcher Bedeutung sprechen nun die §§ 192 und 232 I. 7. des A. L. R. von dem Besitze solcher Capitalien, d. h. rein persönlicher, auf die Forderung einer Zahlungsleistung gerichteten Rechte?

A. L. R. I. 2. § 123.

Es ist wohl zu merken, daß diese Bestimmungen ihre Stelle gefunden haben da, wo von dem Verhältnisse zwischen dem wirklichen oder präsumtiven Eigenthümer und dem vollständigen Besitzer gehandelt wird. Sie beziehen sich also nur auf das Verhältniß zwischen dem eigentlichen oder präsumtiven Gläubiger einer Schuldforderung und demjenigen, der sich die Rechte des Gläubigers angemaaßt hat, keineswegs aber auf das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner. Auf dies letztere Verhältniß kommt es aber gerade an, und es fragt sich eben, ob dies Verhältniß als juristischer Besitz anzusehen sei. Dies ist nirgend ausgesprochen und widerstrebt dem Begriffe des Besitzes. Was nun aber jenes erstgedachte Verhältniß zwischen dem wirklichen und dem angemaaßten Gläubiger betrifft, so hat das Gesetz den letzteren als possessor nominis mit gutem Grunde bezeichnet. Denn

1) ist der Fall denkbar, daß das Forderungsrecht sich in einem Vermögensinbegriff, in einer Erbschaft befindet, wo denn der hereditatis possessor dem Erben gegenüber auch für den Besitzer des Capitals gilt.

2) Oder es kann der anmaaßliche Gläubiger die Schuldforderung bereits eingezogen, mithin sich in den Besitz des Gegenstandes derselben gesetzt haben.

3) Hauptsächlich aber wird durch den Ausdruck Besitz der Maaßstab bezeichnet, nach welchem die Verpflichtungen des anmaaßlichen Gläubigers, gegenüber dem wirklichen, beurtheilt werden sollen,

wie dieser Ausdruck öfter in den Gesetzen als Maaßstab für die praestatio culpae gebraucht wird, z. B.:

A. L. R. I. 5. § 158. 163.

Besondere Anwendungen dieses Prinzips kommen vor bei dem Verhältniß zwischen Mann und Frau,

A. L. R. II. 1. § 546. 556.

und zwischen Vater und Kindern,

A. L. R. II. 2. § 169.

wenn der Mann oder Vater Forderungen der Frau oder Kinder als die seinigen sich angemaaßt hat.

Um die vorliegende Frage ganz zu erschöpfen, sind noch die im Th. I. Tit. 15 des A. L. R., von Verfolgung des Eigenthums, gegebenen Vorschriften in Betracht zu ziehen. Nachdem im § 1. 2. von dem Recht des wahren Eigenthümers oder Besitzers einer Sache, diese Sache zu vindiciren, gehandelt ist, wird weiter bestimmt:

§ 3. „Auch der Eigenthümer eines Rechts kann dieses sein Eigenthum gegen jeden Anmaaßer desselben verfolgen."

§ 4. „In wiefern der Besitzer eines Rechts diesen seinen Besitz gegen einen Anderen, der sich eben desselben Rechtes anmaaßt, verfolgen könne, ist nach gleichen Regeln, wie bei dem Besitze körperlicher Sachen, zu beurtheilen."

§ 5. „Der Umfang des Rechtes selbst aber, und in wiefern die darunter begriffenen Befugnisse nur gegen gewisse Personen, oder auf gewisse Sachen und gegen jeden Besitzer derselben ausgeübt werden können, ist nach der Natur und Beschaffenheit des Rechtes zu beurtheilen. (Tit. 2. § 131 f.)"

Hier scheint nun wiederum durch die Parallele zwischen dem Eigenthümer und dem Besitzer eines Rechtes angedeutet zu sein, daß an allen Rechten, mithin auch an rein persönlichen, wie Eigenthum, so Besitz stattfinde. Allein bei näherer Betrachtung gelangt man zu einem anderen Resultat. Zugeben muß man, daß der im § 4 gebrauchte Ausdruck „Besitzer eines Rechtes" sich generell auf alle Rechte beziehen und den ganzen Umfang des vorher angewandten vulgären Ausdrucks „Eigenthümer eines Rechtes" einhalten kann. Indessen entschieden wird dadurch deshalb Nichts, weil wiederum nur dasselbe Verhältniß in Frage steht, das uns schon oben begegnete, nämlich das Verhältniß des eigentlich oder präsumtiv Berechtigten zu demjenigen, der sich dasselbe Recht anmaaßt. In dieser Beziehung ist nun anzuerkennen, daß das A. L. R. dieses Verhältniß auch in Beziehung auf bloß persönliche Rechte nach den Analogien des Besitzes beurtheilt und die Vindication und eine publicianische Klage utiliter zuläßt. Damit ist aber so wenig das Verhältniß zwischen dem Gläubiger und Schuldner selbst berührt und aus-

gesprochen, dieses sei Besitz eines Rechtes, daß vielmehr im § 5 cit. ausdrücklich eingeschärft wird, das Recht an sich, sein Umfang, seine Natur und Beschaffenheit bleibe von jenem Vindicationsverhältniß unberührt und müsse besonders beurtheilt werden, und ein persönliches Recht höre darum nicht auf ein persönliches zu sein. Damit ist denn Alles auf seinen richtigen Standpunkt zurückgeführt und deutlich genug ausgesprochen, daß schlechthin persönliche Rechte nicht besessen werden.

Das letzte Argument, welches man für den Besitz von Forderungsrechten, wenigstens von Darlehnsforderungen, anführen könnte, sind die Bestimmungen Th. I. Tit. 11. des A. L. R.:

> § 837. „Wenn eine gewisse Summe 10 Jahre hindurch als Zinsen eines schuldigen Capitals bezahlt worden, so entsteht die Vermuthung, daß der Zahlende das Capital selbst als ein Darlehn schuldig sei."
>
> § 839. „Ist diese Zinsenzahlung durch 30 Jahre geleistet worden, so kann der Gläubiger das Capital vermöge eines durch Verjährung erworbenen Rechtes fordern, und der Beweis, daß ursprünglich kein Darlehn gegeben worden, ist nur in dem Maaße zulässig, wie gegen die Verjährung überhaupt ein Beweis stattfinden kann."

Die hier anerkannte Möglichkeit, eine Darlehnsforderung durch Verjährung zu erwerben, habe, ließe sich folgern, die Annahme eines Besitzes dieses Forderungsrechtes zur Voraussetzung. Es ist hier daran zu erinnern, daß der Keim zu jenen Bestimmungen aus dem gemeinen Recht entnommen ist. Nach l. 6 pr. D. de usuris (22. 1.) und l. 7 C. eod. (4. 32) erzeugt eine, längere Zeit — wie die Meisten annehmen, 10 Jahre — hindurch erfolgte Zinsenzahlung die Vermuthung einer gehörigen Begründung der Zinsenzahlung und die Verpflichtung, ferner Zinsen zu zahlen, wenn das Capital an sich unstreitig ist.

Thibaut, Pandekten. 1. Bd. § 171.
Mühlenbruch, Pandekten. 2. Bd. § 361.[1])

Diese gemeinrechtliche Vermuthung eines stattgefundenen Zinsversprechens ist im Landrecht, § 837 cit., weiter ausgedehnt; sie soll sich nicht auf die Zinsverbindlichkeit, sondern auf die Existenz einer Darlehnsforderung selbst erstrecken. Bis hieher ist keine Schwierigkeit vorhanden, denn das Gesetz legt der Zahlung von Zinsen nicht die Wirkung eines Besitzstandes, sondern nur die Wirkung einer Präsumtion bei. Wohl aber stellt sich, wie nicht abzuleugnen ist, der § 839 cit. ausdrücklich

1) Vergl. auch v. Holzschuber, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 2 S. 41—44 und die daselbst angeführten Schriftsteller, insbes. Herm. Keller in Sell's Jahrb. für histor. und dogmat. Bearbeit. des R. R. B. 3 S. 171—224 (1844); ferner Sintenis gem. Civilrecht B. 2 S. 93 Note 4; Koch, Recht der Ford. (2. Ausg.) B. 1 S. 95 f.



auf den Standpunkt der Verjährung. Was zu dieser Bestimmung Veranlassung gegeben hat, ist ohne Zweifel außer jenem, im gemeinen Recht enthaltenen Keim die Vorstellung, welche in der wiederholten Zahlung von Zinsen als Darlehnszinsen eine der Ausübung von affirmativen Rechten analoge Ausübung eines Rechtes erblickte, welche, ohne die Solution dieses Rechtes zu bewirken, das fortdauernde Dasein und die Nutzung desselben zu erkennen gebe. Allein diese Vorstellung beruht auf einem mißlichen Rückschluß von der Neben- auf die Hauptverbindlichkeit und auf unklarer Vermengung einer Präsumtion mit der Verjährung. Jedenfalls ist jene Bestimmung eine so singuläre, daß es unzuläßig sein würde, durch ausdehnende Auslegung ein allgemeines Prinzip daraus ableiten und etwa z. B. annehmen zu wollen, durch dreißigjährige Abschlagszahlungen auf die vermeintliche Schuld eines Kaufschillings ließe sich die Forderung eines Kaufpreises usucapiren. Vielmehr ist als Regel festzuhalten, daß zum Verjährungserwerbe eines Rechtes Besitz gehört, und daß schlechthin persönliche Rechte nicht juristisch besessen werden.

A. L. R. I. 9. § 579.

Wenn übrigens das Gesetz, wie wir oben gesehen haben, zum Capitalsvermögen auch die auf jeden Inhaber lautenden Papiere, z. B. Pfandbriefe, Banknoten, Actien u. s. w., rechnet, so ist damit allerdings, wie zum Schluß bemerkt sein möge, eine Kategorie gegeben, wo man vom Besitz von Capitalien im eigentlichen Sinn reden kann. Denn geldwerthe, auf jeden Inhaber zahlbare Instrumente werden dem gangbaren ausgemünzten Gelde gleich gestellt.

A. L. R. I. 11. § 563. 661. 793.

Wenn daher auch solche Papiere ihrem ursprünglichen Wesen nach Schuldverschreibungen über Forderungsrechte sind, so gelten sie doch durch gesetzliche Fiction einer Sache, einer Geldsumme gleich. Hinsichtlich ihrer findet daher juristischer und zwar sogar körperlicher Besitz statt.

A. L. R. I. 15. § 47—53.

## Zweiter Abschnitt.

### Vom Schutz des Besitzes von Rechten.

#### § 18.

Nach § 1. Th. I. Tit. 14 des A L. R. wird das Eigenthum der Rechte durch den Besitz derselben und durch alle die Mittel erhalten, welche die Gesetze zur Erhaltung der Besitzrechte an die Hand geben. (Tit. 7. § 137 f.)

Nachdem wir festgestellt haben, welchen Rechten Besitz und Besitzrechte zukommen, kommt es nun darauf an, die gesetzlichen Schutzmittel dieser Besitzrechte in's Auge zu fassen.

Dieses sind die Interdicte, welche sich in dem possessorium summariissimum zusammenfassen, von dem im Allg. Landrecht Th. I. Tit. 7. § 146 f. und im 31. Titel der Prozeßordnung gehandelt wird.

Das possessorium summariissimum findet statt, wenn Jemand in dem Besitze eines Rechtes beunruhigt, oder wenn er dieses Besitzes neuerlich heimlicher oder gewaltsamer Weise entsetzt worden ist.

A. G. O. I. 31. § 1. 3.

Im Allg. Landrecht ist dies näher dahin bezeichnet, daß ohne Rücksicht auf ein besseres Recht des Gegners,

1) der Besitz demjenigen wiedergegeben werden soll, der desselben durch Gewalt, heimlich, durch List oder bittweise entsetzt worden ist — interdictum recuperandae possessionis;

A. L. R. I. 7. § 146. 147.

2) und derjenige, welcher solchergestalt, d. h. durch Gewalt, heimlich oder mit List in seinem Besitz zur Ungebühr gestört wird, gegen fernere Beeinträchtigungen geschützt werden soll: interdictum retinendae possessionis.

A. L. R. a. a. O. § 150. 151.

Mit der Gewährung des Interdictenschutzes bei Rechten ist man nun bald zu freigebig, bald zu karg gewesen.

Diejenigen, welche auch bei schlechthin persönlichen Rechten, Forderungsrechten, Besitz annehmen, gestehen auch diesen das possessorium summar. zu.

Grävell, Commentar S. 190. Nachtr. S. 108 f.
Grävell, Besitz u. Verjähr. § 253.
Merckel, Commentar zum A. L. R. II, 5. § 186; zur A. G. O. I. 31. § 1.
Schepers in der jur. Wochenschr. 1839. S. 21 f.

So ist man denn dahin gelangt, daß man z. B. einem entlassenen Hausofficianten das Interdict gegen den entlassenden Dienstherrn zugesteht. Allein zur Widerlegung dieser exorbitanten Ansicht braucht nur deren Voraussetzung, daß Besitz an Rechten allgemein stattfinde, angegriffen und namentlich wiederholt zu werden, daß nicht jedes Forderungsrecht, und sollte es auch in dem Nexus einer nicht durch einmaliges Handeln aufzulösenden Obligation beruhen, ein affirmatives Recht im technischen Sinne des Gesetzes ist.

Andere wollen aber umgekehrt auch solchen Rechten, bei denen das Gesetz Besitz annimmt, possessorischen Schutz versagen.

Man führt im Wesentlichen aus, bei Redaction des Tit. 31 der Prozeßordnung sei nur an negative und Untersagungsrechte, nicht aber auch an affirmative gedacht. Denn es sei fortwährend hier von wirklichen Turbationen des letzten ruhigen Besitzstandes und Schutz gegen fernere Turbationen, nicht aber von einer Verurtheilung zur Fortsetzung verweigerter Leistungen die Rede. Das Gesetz bezeichne die Art, wie die Besitzstörung erfolgt sein müsse, dahin: durch Gewalt, durch List, heimlich oder bittweise (A. L. R. I. 7. § 146—148); nur dem solchergestalt Gestörten oder des Besitzes Entsetzten sollen die possessorischen Rechtsmittel zustehen. In der bloßen Verweigerung einer Leistung könne eine solche unbefugter Weise vorgenommene Besitzstörung nicht gefunden werden, denn es liege darin keine Aufhebung des Besitzstandes durch List, Gewalt oder Bitte. Die Meinung, daß das poss. summar. auch dem zustehe, welchem die wiederholte Leistung einer früher einmal bewilligten Prästation verweigert worden, habe aber außer den gesetzlichen Bestimmungen auch die Natur der Sache gegen sich. Dies ergebe sich einleuchtend aus der Vergleichung des negativen und affirmativen Rechtes. Der Besitz eines negativen Rechtes höre auf, wenn der Andere den Besitz des entgegenstehenden Untersagungsrechtes erworben habe. Dies könne aber, da Niemand aus seinem Besitzstande eigenmächtig verdrängt werden dürfe, von demjenigen, der seine unbeschränkte Freiheit wieder erlangen wolle, gegen den Anderen, der den Besitz seines negativen Rechtes nicht freiwillig aufzugeben gesonnen sei, nicht anders, als durch Anrufen richterlicher Hülfe bewerkstelligt werden. Jede eigenmächtige Störung durch Untersagung u. s. w. würde den Gestörten zur Anwendung possessorischer Rechtsmittel berechtigen. Wider denjenigen dagegen, welcher sich im Besitze eines affirmativen Rechtes befunden habe und, nach Aufhebung desselben durch verweigerte fernere Leistung von Seiten des vermeintlich Verpflichteten, an diesen erneuerte Anforderungen mache, bedürfe letzterer der richterlichen Hülfe gar nicht, vielmehr könne er die Anforderung durch Nichtgewährung zurückweisen und die Klage des Gegners abwarten. Diese verweigerte Gewährung könne aber nicht in die Kategorie unbefugter Besitzstörungen oder Entsetzungen gebracht werden. Beim possessorium summar. habe der Richter nur darauf zu sehen, ob unmittelbar vor der angeblichen Störung Kläger im Besitzstand gewesen. Von einem unmittelbar vor der Verweigerung dagewesenen wirklichen Besitzstande könne aber bei affirmativen Rechten nicht die Rede sein, denn ein solcher sei nicht äußerlich erkennbar, vielmehr

solle nur aus dem früheren Besitze auf die Fortdauer desselben geschlossen werden.

Erkenntniß des Geh. Ober-Trib. vom 19. Nov. 1836 (Arnsberger N. Archiv. IV. S. 215 f.)

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 2. März 1841. (Jur. Wochenschrift. 1841. S. 882.)

Koch, Lehre vom Besitz. 1. Ausg. S. 136.

Allein diese Ansicht ist nicht gerechtfertigt. Sie geräth, indem sie dem Besitzer eines affirmativen Rechtes jedes possessorische Rechtsmittel abspricht, mit dem Begriff des Besitzes und mit den Gesetzen in Widerspruch. Denn wo diese Besitz eines Rechtes anerkennen, da folgt daraus nothwendig, daß sie auch die Schutzmittel des Besitzes nicht versagen. Das Gegentheil annehmen heißt auf einem Umwege dem Rechte seinen Besitz wieder nehmen. Die für diese Ansicht angeführten Gründe beweisen auch nicht, was bewiesen werden soll.

Wenn das Gesetz bestimmt, daß durch Gewalt erzwungene, oder durch Betrug veranlaßte Handlungen oder Duldungen den Besitz eines Rechtes nicht bewirken können, daß ferner durch heimlich unternommene Handlungen Besitz im rechtlichen Sinne weder erworben, noch fortgesetzt werde, und daß aus Handlungen, Leistungen oder Duldungen, die nur precario modo von statten gehen, kein Besitzrecht entstehe:

A. L. R. I. 7. § 97. 98. 106.

so beziehen sich diese Vorschriften auf die Besitzergreifung eines affirmativen, negativen oder Untersagungs-Rechtes selbst. Die Bestimmungen in §§ 146 f. a. a. O. handeln von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List, heimlich oder bittweise entnommenen oder gestörten Besitzes. Sie haben aber eine zwiefache Bedeutung und Beziehung. Einmal nämlich gewähren sie gegen denjenigen, der ein affirmatives, negatives oder Untersagungs-Recht in Besitz nehmen will, possessorischen Schutz, reihen sich also ergänzend an die erstgedachten §§ 97. 98. 106 d. T. an. Zum Anderen aber beziehen sie sich auf den, derartigen Rechten, wenn bereits deren Besitz ergriffen ist, gegen Besitzesverletzung gewährten Schutz. Zwar die Fassung der §§ 146. 147. d. T., bei welcher zu berücksichtigen, daß sie hauptsächlich auf den Besitz von körperlichen Sachen berechnet ist, entspricht beiden Beziehungen nicht genau. Nach § 146 soll Jemanden der mit Gewalt entnommene Besitz wiedergegeben werden, und nach § 147 dasselbe stattfinden, wenn Jemand die Sache oder das Recht heimlich, durch List oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat. Handelt es sich nun um Besitzergreifung eines affirmativen, negativen oder Untersagungs-

Rechtes, so läßt sich, was den ersten Fall betrifft, anführen, daß nicht der Besitz dieses Rechtes dem vorigen Besitzer entzogen, von diesem an einen andern gebracht sei; es handele sich nicht um Translation eines bereits bestehenden, sondern um Constituirung des Besitzes eines neuen Rechtes, dem auf der Gegenseite nur eine Verbindlichkeit correspondire. Den zweiten Fall anlangend, wo es sich um Eingriffe in den bereits ergriffenen Besitz derartiger Rechte handelt, so ließe auch hier sich sagen, daß der Eingreifende nicht das Recht als solches dem Besitzenden entnehmen, dasselbe wenigstens als solches nicht an sich bringen, sondern nur den Besitzstand des Gegners aufheben, sich davon befreien wolle.

Die Sache verhält sich aber so. Auf der einen Seite wird bei affirmativen Rechten und denjenigen Untersagungsrechten, welche nicht in dem Vinculiren einer Eigenthumsbefugniß bestehen, welche also, wenn auch sachlicher, doch nicht dinglicher Natur sind, der Besitz zwar nicht durch Translation, aber doch durch Derivation aus den Vermögensrechten, beziehungsweise dem persönlichen Rechte zu handeln hergeleitet, und insofern läßt sich sagen, dem Leistenden oder Unterlassenden sei irgend eine Befugniß entnommen und der Besitz derselben, allerdings in der entgegengesetzten Form, auf den Anderen übergegangen. Negative und das Eigenthum beschränkende Untersagungsrechte aber, als dingliche Rechte, kommen jederzeit nur dem Besitz einer Sache gegenüber in Betracht, und wenn man dort hinsichtlich der Besitzanmaaßung von Entnehmung des Besitzes, von Entsetzung, d. h. aus der Freiheit zu handeln, reden kann, so läßt sich hier nur von einer Störung im Besitze sprechen, die dem Besitzer der Sache durch den sich eines solchen Rechtes Anmaaßenden widerfährt (§ 150 d. T.). Hier können stets nur Sach- und Rechtsbesitz in Conflict gedacht werden.

Was auf der anderen Seite die Turbation des Besitzes der affirmativen, negativen und Untersagungsrechte betrifft, so geht der Besitz eines negativen Rechtes verloren, wenn der Andere den Besitz des entgegenstehenden Untersagungsrechtes erworben (§ 127), und eines Untersagungsrechtes, wenn der Andere sich in den Besitz des entgegenstehenden negativen Rechtes gesetzt hat (§ 128). Hier findet also immer Entsetzung des vorigen Besitzers durch Zurücknahme des von dem Gegner in Besitz genommenen Rechtes statt. Es bleiben nur noch die affirmativen Rechte zu betrachten übrig. Deren Besitz geht verloren, wenn der bisher Verpflichtete die fernere Erfüllung der von ihm geforderten Pflicht verweigert, und der Andere sich dabei beruhigt (§ 126).

Wenn man nun sagt, nach § 146. 147. d. T. berechtige nur eine

durch Gewalt, durch List, heimlich oder bittweise erfolgte Besitzstörung zu possessorischen Rechtsmitteln; eine solche Besitzstörung könne aber in der bloßen Verweigerung einer Leistung nicht gefunden werden: so ist zweierlei nicht beachtet. Denn

1) soll in Folge der Verweigerung einer geforderten Leistung der Besitz nur dann verloren gehen, wenn der Rechtsbesitzer sich dabei beruhigt. Beruhigt er sich also nicht dabei, muß folgerecht geschlossen werden, so geht der Besitz nicht verloren. Beruhigen würde sich derselbe aber nur dann, wenn er von den ihm zu Gebote stehenden Hülfsmitteln keinen Gebrauch machte. Da ihm nun Gewalt u. dgl. untersagt sind, welches andere Mittel sich im Besitze zu erhalten und zu schützen könnte er haben, als das possessorium summariissimum?
2) Wenn darauf Gewicht gelegt wird, nur List, Gewalt oder Bitte begründe eine Besitzstörung, dafür könne aber bloße Verweigerung nicht gelten, so hat auch dieses kaum den Schein für sich. Es braucht nur daran erinnert zu werden, daß dem Verpflichteten precario zeitweiliger Erlaß seiner Leistung gewährt sein und er darauf nun eine Weigerung jedweder ferneren Leistung zu gründen sich beigehen lassen kann; daß dem Fordernden, wenn er die Leistung in Empfang nehmen will, Gewalt entgegengesetzt, daß ihm durch Zwang die Abstandnahme von der Ausübung seines Rechtes abgenöthigt, daß er durch Betrug von dieser Ausübung abgehalten, daß ihm dieselbe durch Verheimlichung des Aufenthaltes des Verpflichteten unmöglich gemacht werden kann.

Auf alles dieses braucht man sich aber nicht einmal zu berufen; denn die Verweigerung einer affirmativrechtlichen Leistung, insofern sie nicht mit Beruhigung auf der Gegenseite geschieht, ist schon an und für sich eine Störung des Besitzes, wenn der Besitz eines affirmativen Rechtes wirklich einmal ergriffen ist und noch besteht. Zu beachten ist hier der Unterschied zwischen einer bloßen Nichtleistung und der ausdrücklichen Verweigerung einer Leistung. Während jene sich bloß negativ verhält, geht diese in eine positive Opposition gegen die Forderung des Besitzers über. Die Ausübung des Besitzes affirmativer Rechte besteht aber nicht in eigenen Handlungen des Berechtigten selbst, sondern gerade umgekehrt in Handlungen des Verpflichteten. Hält der Verpflichtete diese Handlungen zurück und erklärt er ausdrücklich seinen Willen, sie vorenthalten zu wollen, dazu, so verfährt er gegen den Besitzenden eigenmächtig und setzt denselben durch diese Eigenmacht in die Unmöglichkeit, seinen Besitz auszuüben. Diese eigenmächtige, mit bestimmter Weigerung

verbundene Retention der Leistung ist unerlaubte Privatgewalt und Selbsthülfe im Sinne der §§ 77. 78. 93 der Einleitung zum Allg. Landrecht, welche die Wiedererlangung der Freiheit von der betreffenden Leistung erzwingen will. Mag sie auch nicht in einem physischen Angriff hervortreten, so ist sie doch vollständig in der eigenmächtigen Intention und in ihrer Wirkung begründet.

Wenn ferner behauptet wird, wider denjenigen, welcher sich im Besitze eines affirmativen Rechtes befunden habe und, nach Aufhebung desselben durch verweigerte fernere Leistung des vermeintlich Verpflichteten, an diesen erneuerte Anforderungen mache, bedürfe letzterer der richterlichen Hülfe gar nicht, vielmehr könne er die Anforderungen durch Nichtgewährung abweisen und die Klage des Gegners abwarten: — so ist dies schlechthin petitio principii. Hier wird vorausgesetzt, was gerade zu erweisen ist, daß die Verweigerung einer Leistung den Besitz eines affirmativen Rechtes aufhebe, und daß der vermeintlich Verpflichtete nur zu verweigern brauche, um den Besitzenden besitzlos zu machen und zur Petitorienklage zu nöthigen. Im Gegentheil, die Verweigerung ist eigenmächtiges Auflehnen gegen den Besitz, der Besitzende hat nicht nöthig, sich dabei zu beruhigen und so depossediren zu lassen; er kann das possessorium summar. anstellen und seinen Besitzstand schützen.

Auch damit ist Nichts bewiesen, daß beim poss. summar. der Richter nur darauf zu sehen hat, ob unmittelbar vor der angeblichen Störung Kläger im Besitzstande gewesen ist. Dies ist allerdings im § 154 d. T. vorgeschrieben. Allein, ob Kläger solches nachzuweisen vermöge, ist eine im Besitzverfahren selbst zu erörternde Thatfrage, und es läßt sich nicht von vornherein Alles mit der Behauptung abthun, bei affirmativen Rechten sei der unmittelbar vor der Verweigerung dagewesene wirkliche Besitzstand nicht äußerlich erkennbar. Dies ist mit Rücksicht auf § 130 d. T. sehr wohl erkennbar, wenn die Ausübung bei der nach der Beschaffenheit des Rechtes zu beurtheilenden jüngsten Gelegenheit nachgewiesen werden kann.

Es ist übrigens auch bei mehreren affirmativen Rechten in den Gesetzen ausdrücklich anerkannt, daß der Besitzer bei Besitzstreitigkeiten geschützt werden müsse; so

a) bei bäuerlichen Diensten.

A. L. R. II. 7. § 463—465.
A. G. O. I. 41. § 58.

b) Bei bäuerlichen Zinsen und Abgaben.
A. L. R. II. 7. § 487.



Hiernach ist es kein bestimmtes und befriedigendes Resultat, zu welchem Koch

Besitz, 2. Aufl. S. 111. 115.

gelangt, daß nämlich Gegenstand des Besitzes nur solche Rechte sein können, bei welchen sich eine gewaltsame, heimliche oder bittweise Störung der Ausübung denken lasse, und daß auch nur bei dieser Art von Rechten die possessorischen Rechtsmittel anwendbar erscheinen. Denn nicht die Interdicte bedingen den Besitz, sondern der Besitz bedingt die Interdicte. Wo Besitz stattfindet, da muß auch Schutz des Besitzes gewährt sein, und es hängt also Alles einzig und allein von der Frage ab, welche Rechte besessen werden.

Die oben betrachteten §§ 146 f. haben aber auch, was den Besitz von Rechten betrifft, noch eine dritte Seite und Beziehung, und nach ihrer Fassung, die allerdings vornehmlich auf den Besitz von Sachen berechnet ist, scheint diese Beziehung den Redactoren hauptsächlich vorgeschwebt zu haben. Wenn davon die Rede ist, daß Jemanden, dem die Gewahrsam oder der Besitz mit Gewalt entnommen worden, dieselben wiedergegeben werden sollen, und daß Jemand das Recht heimlich, durch List oder bittweise von dem vorigen Besitzer an sich gebracht hat: so ist in diesen Bestimmungen augenscheinlich auch der Fall enthalten, wenn ein Dritter die Detention oder den Besitz eines Rechts verletzt, dem bisherigen Inhaber oder Besitzer entreißen will. Ebenso muß die im § 150 d. T. erwähnte Störung des Besitzes durch Gewalt, Heimlichkeit oder mit List auch nach dieser dritten Seite hin, auf Störungen, die durch Handlungen eines Dritten der Ausübung eines affirmativen, negativen oder Untersagungs-Rechtes widerfahren, bezogen werden.

---

## Nr. 4.

## Von dem Gerichtsstande in Interventionsprozessen, welche bei Gelegenheit derjenigen Executionen vorkommen, welche auf Requisition vollstreckt werden.

Von dem Gerichts-Assessor Baur in Arnsberg.

---

In Beziehung auf Interventionsansprüche, welche bei Gelegenheit einer zu vollstreckenden Exekution vorgebracht werden, bestimmt der § 76 I. 24 A. G. O. Folgendes:

„Von dergleichen vorgefallener Intervention muß der Executor sofort berichten und die Sache muß alsdann zwischen dem Intervenienten einer

und dem Gläubiger und Schuldner anderer Seits nach Vorschrift des Tit. 18 von der interventione principali ordnungsmäßig, jedoch so schleunig als möglich, erörtert werden."

Der Titel 18 der A. G. O. spricht sich nicht direct über den Gerichtsstand bezüglich der Principalintervention aus. Gleichwohl unterliegt es keinem begründeten Zweifel, daß das Forum bei demjenigen Gerichte begründet ist, bei welchem der Hauptprozeß, der zur Intervention Veranlassung gegeben hat, schwebt.

Dies ergibt sich aus Folgendem:

1) Der § 1 I. 18 A. G. O. sagt, daß der Intervenient sich „bei dem Prozesse" melden, und sein Recht oder Interesse ausführen solle.

2) Die Prinzipal- und die accessorische Intervention werden einander im § 2 desselben Titels entgegengesetzt. In den folgenden Paragraphen werden die Unterschiede beider Arten der Intervention abgehandelt. Da nun die accessorische Intervention unzweifelhaft in und mit dem Hauptprozesse, also bei dem Richter der Hauptsache zur Verhandlung kommt, so hätte, wenn bei der Prinzipalintervention ein Anderes gelten sollte, dies nothwendig hervorgehoben werden müssen.

3) Die in den §§ 3—6 incl. desselben Titels wiederholt vorkommende Bezeichnung „Hauptprozeß" hat einen passenden Sinn nur unter der Voraussetzung, daß die Intervention bei demselben Gerichte als „Nebenprozeß" verhandelt wird.

4) Die Natur der Sache spricht so sehr für die Zusammengehörigkeit beider Prozesse, daß unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern hinsichtlich des oben behaupteten Satzes volle Uebereinstimmung herrscht.

Rechtslexikon V. S. 647. Danz, Grundsätze § 494.
Martin, Lehrbuch § 303.

Also: der Gerichtsstand für den Interventionsprozeß befindet sich bei dem Gerichte der Hauptsache.

Gesetzt den Fall nun, es komme bei Gelegenheit einer auf Requisition vollstreckten Execution ein Interventionsprozeß vor: welches ist der Richter der Hauptsache?

Diese Frage löst sich naturgemäß in zwei auf, nemlich:

1) Ist der ursprüngliche Prozeß, auf Grund dessen die Execution nachgesucht wird, oder ist das Executionsverfahren die Hauptsache? und im Falle der Bejahung des zweiten Theiles der Alternative:

2) Wer ist mit Beziehung auf den Interventionsanspruch als Richter im Executionsverfahren anzusehen, der requirirende oder der requirirte Richter?

Bei Beantwortung der ersten Frage muß man sich vor allen Dingen klar machen, daß das Executionsverfahren ein besonderer, für sich

bestehender Prozeß ist. Es bedarf für den Denkenden kaum der Erwähnung, daß die der Regel nach in demselben Aktenstücke erfolgende Abwickelung des Executionsverfahrens weder auf der Voraussetzung der materiellen Einheit mit dem voraufgegangenen Prozesse beruht, noch eine solche Einheit zur Folge hat, daß die erwähnte Einrichtung ihren Grund vielmehr bloß in der Erwägung formeller Zweckmäßigkeit findet.

Der erste Prozeß hat durch das Urtheil seine Erledigung gefunden; mit dem Executionsgesuche beginnt ein neuer Prozeß und zwar über die Vollstreckung eines vorliegenden Urtheils, — über die actio judicati, als welche sich das Executionsgesuch darstellt.

Koch, der Pr. Civil-Proz. 2. Aufl. § 297.

Daß dieser Prozeß in der Regel nicht mit einem Urtheile endigt, beeinträchtigt in keiner Weise die Richtigkeit dieser Auffassung. Abgesehen nemlich davon, daß jedes Executionsgesuch wegen der Zulässigkeit eines gewissen Kreises von Einreden die Möglichkeit contradiktorischer Verhandlung und Entscheidung in sich trägt, kennen wir ja der Prozeßarten noch mehrere, in welchen ein Decret bei nicht erfolgendem Einspruche Kraft und Bedeutung eines Urtheils hat.

So stellt sich denn das Executionsverfahren als ein abgesonderter Prozeß über die actio judicati mit einem besonderen an bestimmte Voraussetzungen (Anstellung des Gesuchs innerhalb eines gewissen Zeitraums) geknüpften Verfahren dar.

Hält man dieses fest, dann entscheidet sich die oben aufgeworfene erste Frage von selbst dahin, daß in Beziehung auf die Intervention das Executionsverfahren und nicht der vorhergehende Prozeß die Hauptsache bildet.

Deshalb zur zweiten Frage! Bei deren Beurtheilung mag zunächst von den Bestimmungen der A. G. O. I 24 § 27 f. abgesehen werden.

Der Gerichtsstand der Execution ist der Natur der Sache nach bei demjenigen Gerichte begründet, welches das die Grundlage bildende Erkenntniß gesprochen hat. Denn jurisdictio und imperium eines jeden Gerichtes ist auf einen abgegrenzten geographischen Bezirk beschränkt. Ein ergangenes Erkenntniß kann hiernach an sich nicht auf allgemeine Gültigkeit Anspruch machen und dessen Vollstreckbarkeit trägt somit die Beschränkung auf den Bezirk desjenigen Gerichts, von welchem dasselbe gesprochen worden, in sich. —

Dies ist der Standpunkt der strengsten Abgeschlossenheit der Rechtsgebiete, ein Standpunkt, welcher für den allgemeinen Verkehr die entschiedensten Nachtheile nothwendig mit sich führen muß. Die Hülfe des erkennenden Richters führt nemlich dann niemals zum Ziele, oder vielmehr

sie ist überhaupt dann nicht möglich, wenn die Vollstreckung durch Gewalt an Personen oder Sachen, die sich in einem anderen Gerichtsbezirke befinden, erfolgen soll; denn kein Richter darf und kann eine solche Gewalt in einem fremden Gebiete ausüben.

Wetzell, System des ord. Civ. Proz. § 38 S. 323.

Die den praktischen Bedürfnissen folgende Rechtsentwickelung muß bald diesen Standpunkt überwinden. Mit der Anerkennung fremden Rechtes überhaupt ist auch die Anerkennung der von fremden Gerichten gesprochenen Urtheile gegeben. Wird die Zulässigkeit einer Klage aus einem solchen Rechtsverhältnisse, welches auf fremdem, vielleicht abweichendem Rechte beruht, anerkannt, so ist damit auch die Zulässigkeit der actio judicati auf Grund eines fremden Erkenntnisses, wenn es in ordnungsmäßiger Weise gesprochen ist, somit die Vollstreckbarkeit eines solchen, zugegeben.*) — Denn auch durch das Urtheil wird unter den davon betroffenen Personen ein Rechtsverhältniß begründet, welches nach der hier zur Sprache kommenden Seite in der Verpflichtung, demselben ein Genüge zu thun, besteht.

Und zwar bezieht sich das Gesagte nicht bloß auf verschiedene Gerichte desselben Staates, sondern auch auf die Erkenntnisse der Gerichte solcher fremden Staaten, mit welchen wir in völkerrechtlichem Verkehre stehen. Ein solches fremdes Urtheil muß aber ordnungsmäßig erlassen sein, d. h. es darf nicht an absoluter Nichtigkeit leiden, also namentlich nicht von einem incompetenten Richter gesprochen sein und muß seiner äußeren Erscheinung nach als formgerecht erscheinen.

Wetzell a. a. O. S. 327 N. 45.

Nach dem Grade der materiellen und formellen Rechtseinheit und je nach dem Grade, in welchem in der positiven Gesetzgebung eines Staates der Gedanke Geltung gewonnen hat, daß die möglichst beschleunigte Durchführung eines Richterspruchs dem wohlverstandenen Interesse des rechtsuchenden Publikums am Meisten entspricht, kann dieselbe sogar noch weiter gehen und als einziges Erforderniß der bei einem anderen Gerichte nachzusuchenden Execution die Existenz eines formgerechten Erkenntnisses hinstellen. — Dieses ist im Allgemeinen derjenige Standpunkt, welcher aus der staatlichen, resp. völkerrechtlichen Einheit verschiedener Jurisdiktionsgebiete fließt und auf welchem auch unsere Prozeßgesetzgebung steht, nachdem dieselbe ganz den eben angedeuteten Entwicklungsgang durchgemacht hat.

*) Hiernach ist die 32. Entscheidung Bd. III der Entsch. des O.-T., beurtheilt von Koch, Beurtheilung rc. S. 189 unrichtig, denn das preuß. Recht steht, wie unten gezeigt wird, auf dem eben angedeuteten Standpunkte.



Die A. G. O. anerkennt die Vollstreckbarkeit sowohl der von inländischen, wie der von ausländischen Gerichten gesprochenen Erkenntnisse.

§ 27—30 I. 24 A. G. O.

Bei letzteren hat das um Vollstreckung angegangene Gericht die Competenz des erkennenden Gerichts und „ob sonst bei der Sache selbst ein Anstand" obwalte, womit unseres Dafürhaltens Nullitäten gemeint sind,*) zu prüfen.

A. G. O. I. 24 § 30.

Bei den Erkenntnissen inländischer Gerichte ist nur der Nachweis der Competenz vorgeschrieben,

A. G. O. I. 24 § 27

und auch dieser ist durch den § 1 des Gesetzes vom 2. Mai 1853 für nicht erforderlich erklärt.

Die siegreiche Parthei wendet sich — so ist der aus dem eben fixirten Standpunkte unter strenger Festhaltung des Satzes, daß der Parthei die Verfolgung ihres Rechtes lediglich selbst zu überlassen sei, sich ergebende Weg, — mit der actio judicati, d. h. mit ihrem Executionsgesuche an denjenigen Richter, welcher ihr allein helfen kann, d. h. in dessen Bezirk sich die Person oder Sache befindet, an der sie die zur Vollstreckung des Erkenntnisses erforderliche Gewalt verübt wissen will, wohin also der Arm keines anderen Richters zu reichen vermag.

In welchem Verfahren nun der angegangene Richter die actio judicati verhandelt, ob er die Vollstreckung durch eine bloße Verfügung oder durch ein Erkenntniß nach contradiktorischer Verhandlung anordnet: immer ist er und er allein der Richter in Beziehung auf die bei ihm rücksichtlich eines bestimmten Objectes angestellte actio judicati — die Execution. Wir gelangen auf diese Weise zu folgendem Satze:

Die Competenz über die Vollstreckung eines Urtheils steht im Allgemeinen dem erkennenden Gerichte zu. Eine Ausnahme findet statt, wenn und insoweit es sich um die Vollstreckung eines Erkenntnisses in solche Personen oder Sachen handelt, welche unter einer anderen Jurisdiktion sich befinden.

Einer anderen, als dieser aus dem Begriffe der Execution sich ergebenden Ansicht huldigt auch die A. G. O. nicht. Der § 26 I. 24 derselben sagt:

„Der Regel nach ist jeder Richter, der die Instruction einer Sache in erster Instanz geführt hat, das von ihm gefällte rechtskräftige Urtel zu vollstrecken berechtigt."

---

*) Auf die abweichende Ansicht Koch's (Preuß. Civilprozeß § 147 sub I. 1) kommen wir noch unten zu sprechen.

Den Gegensatz und Ausnahmefall hiezu enthält der § 27 eod.:

„Ist hingegen derjenige, gegen welchen eine persönliche Execution verfügt werden soll, einem andern ordentlichen Gerichtsstande unterworfen, oder ist die Sache, auf welche die Hülfe zu vollstrecken, unter einer andern Jurisdiction gelegen, so muß ꝛc.“

und dieser Paragraph nennt ausdrücklich das requirirte Gericht das kompetente. Dem requirirten Gerichte ist auch nach den erst durch das Gesetz vom 2. Mai 1853 aufgehobenen Bestimmungen der A. G. O. (§ 27 cit.) selbst bei Erkenntnissen inländischer Gerichte die Prüfung der Competenz wie zum Rechte, so auch zur Pflicht gemacht, was nicht denkbar wäre, wenn der erkennende Richter auch in diesem Falle der vollstreckende Richter, das requirirte Gericht aber nur dessen starke Hand, dessen Executor wäre. —

Nicht entgegen steht die Bestimmung, daß das Executionsgesuch bei dem erkennenden Richter angebracht werden muß.

§ 1. I. 24. A. G. O.

Die siegreiche Parthei ist gezwungen, die Vermittelung des erkennenden Richters in Anspruch zu nehmen, und der Richter ist gezwungen, deren Vermittler zu sein: das ist Alles! Es ist eine Aeußerlichkeit, für die sich wohl mancherlei Gründe der Zweckmäßigkeit anführen lassen, welche deshalb auch ziemlich allgemein anerkannt ist,

Wetzell l. c. § 29 S. 328

für die aber kein einziger Grund der inneren Nothwendigkeit vorliegt. Genug: der erkennende Richter untersucht nur im Namen der Parthei um Vollstreckung; in Wahrheit ist es also die Parthei, welche bei dem requirirten Richter als actor auftritt.

Auch der Umstand, daß der requirirte Richter „sich über die Rechtmäßigkeit des gesprochenen Urtels, oder der verordneten Execution, keine Beurtheilung oder Entscheidung anmaßen soll“

§ 28. I. 24. A. G. O.

beweist nicht gegen die oben ausgesprochene Ansicht. Denn damit sind lediglich die Erfordernisse der dem requirirten Gerichte durch das requirirende für die Execution suchende Parthei zur Verhandlung vorgelegten actio judicati festgesetzt. Daß über die Rechtmäßigkeit des gesprochenen Urtheils keine weitere Prüfung stattfinden soll, ist selbstverständlich; denn durch eine solche Prüfung würde der Grundsatz über die Vollstreckbarkeit der Erkenntnisse anderer Gerichte völlig illusorisch gemacht.

Was aber heißt das Weitere „der verordneten Execution?“ und tritt nicht die dadurch gesetzlich dem requirirten Richter entzogene Prüfung der Rechtmäßigkeit der Execution in Widerspruch mit der bisher vertheidigten Competenz des requirirten Gerichts?

Mit Nichten. Die Vollstreckbarkeit eines ergangenen Erkenntnisses im Allgemeinen ist für die Vollstreckung in Beziehung auf einen einzelnen Gegenstand offenbar präjudiziell. Diese Präjudizialfrage ist in der in Rede stehenden Bestimmung gemeint. Denn das erkennende Gericht kann nur die Vollstreckbarkeit anordnen, die Vollstreckung aber muß es dem requirirten Gerichte überlassen.

Die Entscheidung über jene soll für den requirirten Richter bindend sein. Also haben wir auch hier nur die gesetzliche Regulirung der Voraussetzungen der actio judicati und zwar eine ganz vernünftige und logisch richtige Regulirung. Ein Erkenntniß ist seiner Natur nach vollstreckbar; denn es spricht eben dasjenige aus, was den Rechten nach sein muß. Ein Richterspruch, der noch nicht vollstreckbar ist, ist also eigentlich noch kein wahres Erkenntniß. Die Existenz eines Urtheils in diesem vollen und wahren Sinne des Wortes ist hiernach, von dem Rechtsspruche selbst abgesehen, noch durch andere Umstände bedingt. Das Vorhandensein dieser Umstände wird durch diejenige Verfügung des erkennenden Richters, worin er die Execution für zulässig erklärt und anordnet, constatirt. Dieselbe muß daher den requirirten Richter nicht weniger binden, wie die Entscheidung selbst.

Damit ist denn auch der Schlüssel zur Widerlegung des dritten und scheinbarsten Einwandes gegen die von uns vertretenen Grundsätze gewonnen.

Der § 28 I. 24 A. G. O. bestimmt nemlich, daß der requirirte Richter den Schuldner wegen Einwendungen, welche er gegen die Execution erhebt, an das requirirende Gericht verweisen soll. Es ist hiernach nicht zweifelhaft, daß die Entscheidung solcher Einwendungen dem letzteren zusteht. —

Hiernach, — so läßt es sich argumentiren, — fällt die Competenz des requirirten Richters hinweg, sobald das Erforderniß selbstthätiger Prüfung und einer richterlichen Entscheidung eintritt. Also ist nicht er es, welcher aus eigener Macht die Execution vollstreckt, sondern die Macht des erkennenden Richters ist für diesen Fall über sein sonstiges Competenzgebiet hinaus erstreckt, nur mit der gewissermaßen auf Höflichkeitsrücksichten beruhenden Beschränkung, daß er diese Macht nicht selbst, sondern nur durch den ordentlichen Richter ausüben darf.

„Die Intervention,“ so lassen wir unsere Gegner weiter sprechen, „hat mit Einwendungen des Schuldners die größte Aehnlichkeit. Sie ist gleichfalls ein Einwand gegen die Execution und daher ebenso gut, wie ein Einwand des Schuldners selbst, vom requirirenden Richter zu entscheiden.“

Daß die bisherigen Ausführungen dahin abzielen, zu beweisen, daß die zum Vorwurfe vorliegender Abhandlung gemachte Frage im entgegengesetzten Sinne, d. h. dahin zu beantworten, daß der Interventionsprozeß bei dem requirirten Richter zur Verhandlung und Entscheidung kommen müsse, liegt auf der Hand. Daher die Nothwendigkeit, die obige entgegenstehende Argumentation zu widerlegen, wie in Folgendem versucht wird. —

Es lassen sich nemlich zwei Arten von Einwendungen gegen eine verfügte Execution denken:

1) solche, welche die Vollstreckbarkeit an sich, und
2) solche, welche die Vollstreckung in Beziehung auf ein bestimmtes Object betreffen.

Abgesehen von dem Einwande der Incompetenz des erkennenden Richters und der Nullität der ergangenen Entscheidung, welche der requirirte Richter, soweit die positive Gesetzgebung nicht ein Anderes bestimmt, schon ex officio zu prüfen hat, ehe er überhaupt auf das Executionsgesuch eingeht, gehören zu den Einwendungen der ersten Art die Behauptung der Zahlung, des Erlasses ꝛc., denn sie sind gegen die Vollstreckbarkeit überhaupt gerichtet.

Zu der zweiten Art aber gehört z. B. die Einrede, daß eine bestimmte Sache nicht Gegenstand der Execution sein könne.

Erstere sind in dem § 28 I. 24 A. G. O. allein gemeint; dies folgt daraus, daß der § 36 eod., welcher die gegen die Vollstreckung eines Erkenntnisses zulässigen Einreden aufführt, nur Einreden dieser ersten Art enthält. An Einreden der zweiten Art ist also, obwohl ihre Zulässigkeit nicht zweifelhaft sein kann, gar nicht gedacht.

Wären sie im § 28 cit. nach dem Sinne des Gesetzgebers mitbegriffen, so wären sie auch sicherlich im § 30 erwähnt.

Einwendungen ersterer Art sind allerdings nach den oben entwickelten Grundsätzen von dem erkennenden Richter zu entscheiden*) und zwar,

*) Anders verhält es sich freilich, wenn die actio judicati in Gestalt einer besonderen Klage (eine Erscheinungsform, welche häufig ausschließlich als actio judicati bezeichnet wird) bei einem andern, als dem ursprünglich erkennenden Gerichte angestellt wird. — Wir untersuchen hier nicht, ob und unter welchen Voraussetzungen dies überhaupt zulässig ist, wollen vielmehr die Zulässigkeit als feststehend voraussetzen. Dann hat allerdings der nunmehr angerufene Richter auch über Einreden dieser ersten Art zu entscheiden. Darin liegt aber kein Widerspruch mit der im Texte ausgesprochenen Ansicht. Denn in diesem Falle wird eben von dem nunmehr angerufenen Richter eine Entscheidung über die Vollstreckbarkeit im Allgemeinen und nicht bloß die Vollstreckung in

wenn anders Consequenz herrschen soll, ohne Unterschied, ob dieser dem In- oder Auslande*) angehört.

Solche Einreden wird der requirirte Richter nur provisorisch prüfen, um darüber zu befinden, ob die Execution trotz derselben zunächst fortgesetzt oder sistirt werden solle. Die definitive Entscheidung hat er dem erkennenden Richter zu überlassen.

Einreden der zweiten Art aber entscheidet er selbst definitiv; er gibt Gegenstände frei oder verwirft den gegen die Pfändung einer bestimmten Sache erhobenen Einwand kraft eigenen Rechts und ohne Rückfrage bei dem requirirenden Richter.

Was nun aber die Intervention betrifft, so bezieht sich diese stets nur auf den bestimmten einzelnen Gegenstand der Execution. Hier ist die Competenz des requirirten Richters durch keine Präjudizialfrage, deren Entscheidung nicht ihm gebührt, beengt. Er ist der Richter über die auf diese Sache gerichtete actio judicati; bei ihm schwebt die Hauptsache, also auch der Interventionsprozeß.

Wenn die beiden Rescripte vom 5. März 1823 und 1. Nov. 1853 (Jahrb. XXI. 276 und XLII. 313) einen andern Sinn haben sollen, was wegen Nichtmittheilung des zu Grunde liegende facti nicht genau zu erkennen ist, so sind sie ungerechtfertigt und beruhen auf einer falschen Auffassung des Begriffs: „Hauptsache."

---

einen einzelnen bestimmten Gegenstand verlangt. Ist er über erstere zu befinden competent, so hat er auch über die gegen die Vollstreckbarkeit im Allgemeinen gerichteten Einwendungen zu erkennen.

*) A. M. Koch, Civ. Proz. § 147 N. 3. — Seine Ansicht beruht auf einer unrichtigen Auffassung des Wortes: „Anstand" in § 30 I. 24 A. G. O., wonach er darunter überhaupt alle Einwendungen gegen die Vollstreckung versteht. Unrichtig ist diese Auffassung, weil sie:

1) eine nicht motivirte verschiedene Behandlung der Requisitionen in- und ausländischer Gerichte enthält und
2) in die A. G. O. einen Widerspruch mit den Ansichten der gemeinrechtlichen Schriftsteller legt, welche, was die Vollstreckbarkeit im Allgemeinen angeht, dem requirirten Richter nur das Recht der Prüfung der Competenz und der unheilbaren Nichtigkeiten zuschreiben, ohne zwischen In- und Ausland einen Unterschied zu machen.

Wetzell l. c. § 38 N. 45.

Der Ausdruck des § 30 cit.: „in der Sache selbst" beweist nichts; denn das prozessualische Verfahren steht zu der Competenzfrage ebenfalls in einem Gegensatz und läßt sich in Beziehung auf diese, wie in dem erwähnten Paragraph geschieht, als „Sache selbst" bezeichnen.

# Literatur.

## 1.

**Studien zur Concurs-Ordnung vom 8. Mai 1855.** Von H. Makower, Gerichts-Assessor. Berlin 1861. Verlag von J. Guttentag.

Jedem Praktiker ist es bekannt, wie viele Zweifelsfragen die neue Concursordnung in der Anwendung hervorgerufen hat, und wie verschiedenartig die Beantwortung derselben ist. Von allen neueren Gesetzen scheint fast keins so fruchtbar für die Controversen und für den Schriftsteller zu sein, als eben dies preuß. Concurs-Gesetz. Außer den größeren Werken von Wentzel und Klose, von Goltdammer, und von Koch sind Monographien über einzelne Fragen, das Concurs-Recht betreffend, erschienen. Ueberdies haben sowohl diese „Beiträge“ als auch die Preuß. Gerichts-Zeitung wiederholt die Aufmerksamkeit ihrer Leser der Concurs-Ordnung zugewandt. —

Unter den Monographien nimmt wohl nicht mit Unrecht das vorliegende Werk, das den Namen „Studien“ wohl verdient, eine hervorragende Stellung ein. Dasselbe behandelt zunächst den „Einfluß des Concurses auf die Wechselforderung.“ In der That ist man hier in der Praxis sowohl von der Concurs- als von der Wechselordnung gänzlich verlassen, während es sich nicht verkennen läßt, daß die starren Wechselförmlichkeiten und wechselrechtlichen Vorschriften oft mit den Vorschriften über das Concursverfahren in Collision gerathen können. —

Der Verfasser behandelt zuvörderst die Frage, ob der Concurs des Wechselschuldners Einfluß auf die Behufs Erhaltung des Wechselrechts vorgeschriebenen Formalitäten hat. Diese Frage wird mit Recht verneint. Von großem Interesse ist der folgende Abschnitt: „Die Wechselklage und die Anmeldung im Concurse,“ worin nachzuweisen versucht wird, daß die Klageverjährung gegen den Cridar eintreten kann, und daß der Concurs keine Unterbrechung der Klageverjährung bewirkt. Die entgegenstehenden Entscheidungen des Ober-Tribunals werden einer eingehenden Prüfung unterzogen. In Verbindung hiermit steht der Anhang „die Klagen gegen den Gemeinschuldner,“ worin die Zulässigkeit derselben und namentlich der Wechselklagen während der Dauer des Concurses vertheidigt wird. Wenn man mit den hier verfochtenen Ansichten auch nicht überall sich einverstanden erklären kann, so ist jedenfalls doch anzuerkennen, daß sie gründlich erörtert sind. „Die Betheiligung an mehreren Concursen“ weist durch practische Beispiele die Unhaltbarkeit der §§ 86, 87 der Concurs-Ordnung nach.

Der zweite Theil der Studien beschäftigt sich mit dem Accord, und verneint zunächst die Frage, ob das Accordverfahren wiederholt werden könne, wenn das erste zu keinem Resultate geführt hat. Wir sind entgegengesetzter Ansicht, und durch die „Studien“ von derselben nicht abgebracht worden. Es werden dann noch einzelne, anderweit aufgestellte Vorschläge zur Verbesserung des Accordverfahrens besprochen. Man muß anerkennen, daß in manchen Beziehungen die Vorschriften über den Accord besserungsbedürftig sind; ob gerade die hier besprochenen Vorschläge sich in der Praxis bewähren und dem Uebel abhelfen würden, dürfte dahingestellt bleiben. —

In dem — aus der Preuß. Ger.-Zeitung übernommenen — Anhange sind außer der bereits erwähnten Abhandlung: „Die Klagen gegen Gemeinschuldner," zwei andere enthalten „Die Wirkung des Concurses auf die Verjährung des Wechselregresses," und „Miscellen."

Besonders anzuerkennen sind die Präcision in der Sprache, und die Klarheit, mit der die Ansichten vorgetragen sind. —

Sutro, Gerichts-Assessor in Münster.

---

2.

**Zur Lehre von der Correalobligation im römischen und heutigen Recht.** Von Dr. Franz Samhaber. Erlangen 1861. Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke (Adolph Enke). 276 S.

---

Die früher von der Rechtswissenschaft so stiefmütterlich behandelte Lehre von der Correalobligation ist in neuerer und neuester Zeit der Gegenstand so scharfsinniger Forschungen und gründlicher Bearbeitungen geworden, daß man wohl glauben möchte, dieselbe ihrem Abschluß zugeführt zu sehen. Daß wir jedoch von diesem Ziele noch weit entfernt sind, daß über die wichtigsten Prinzipienfragen die Wissenschaft noch keine Einigung erzielt hat, und daher erneute Untersuchungen ein reiches Feld finden — davon gibt uns das angezeigte Buch in ebenso belehrender als anziehender Darstellung den bündigsten Beweis. Dasselbe — die weitere Ausführung einer pro venia legendi verfaßten Schrift — wird in dem bescheidenen Vorworte als erster civilistischer Versuch bezeichnet und als Hauptziel des Verfassers „die hingebende Ausbildung des schon Erforschten und die Abwehr ungegründeter Angriffe auf die herrschende Lehre" ausgesprochen.

Der I. Abschnitt: „Ueberschau der Literatur der drei letzten Jahrzehnte" (S. 5—82) bezweckt, „die schriftstellerischen Leistungen der drei jüngstvergangenen Decennien auf dem Gebiete der Correalobligation mit möglichster Objectivität vorzuführen." Er ist nach Inhalt der Vorrede nicht für den Romanisten von Fach berechnet, sondern in der Hoffnung veröffentlichet, „daß es zumeist vielbeschäftigten Praktikern, die sich einen regen Sinn für die Bewegung der Wissenschaft bewahren, ohne den einzelnen monographischen Erscheinungen folgen zu können, nicht unwillkommen sein werde, von allem dem, was die Theorie in dieser interessanten Lehre seit deren Wiederbelebung durch Ribbentrop angestrebt und errungen hat, ein treues Bild in erschöpfender Ueberschau zu empfangen." Diese von der sorgfältigsten Benutzung der neueren Literatur — auch der des Auslandes — zeugende Darstellung erscheint auch für den gedachten Zweck vollkommen geeignet, da sie eine lichtvolle Uebersicht des Entwickelungsganges und des jetzigen Standes der Lehre gewährt.

Der II. Abschnitt: „Bemerkungen zu den streitigen Grundfragen" (S. 83—200) bildet den Haupttheil der Schrift. „Es werden daselbst — wie die Vorrede sagt — aus dem Gesammtgebiet der Lehre von der Correalobligation diejenigen Fragen untersucht, welche einestheils zu den prinzipiellen zählen, anderntheils nach dem heutigen Stande unserer Wissenschaft vorzugsweise in der Schwebe sind. Doch konnte sich nicht fehlen, daß dabei Manches zur Besprechung kam, was nicht gerade

den „streitigen Grundfragen" angehört. Vorzugsweise beschäftigen den Verf. hier die Untersuchungen über die Einheit der Correalobligation, gegenüber den Gründen für eine Obligationenmehrheit im Correalverhältnisse, so wie über den Unterschied zwischen Correalität und der bloßen Solidarität. In ersterer Beziehung gelangt er nach sorgfältiger Prüfung der noch unvermittelt sich gegenüberstehenden, von gleich tüchtigen Männern der Wissenschaft vertretenen Ansichten zu dem Ergebnisse, daß, so beachtenswerth sich auch zum Theil die gegen die Einheit der Correalobligation geltend gemachten Gründe herausstellen, doch bis jetzt das Uebergewicht für die Gründe zu Gunsten der herrschenden Lehre angesprochen werden dürfe und daß insbesondere die Unterscheidung des objectiven Bestandes der Obligation von ihrer subjectiven Beziehung — eine Unterscheidung, deren sparsamer Gebrauch allerdings räthlich sei — bis jetzt als verwerflich nicht genugsam habe erwiesen werden können (S. 124). In Betreff des zweiten, erst durch Ribbentrop's Forschungen zur Anregung gekommenen Punktes will der Verf. den Gegensatz zwischen Correalschuld und bloß solidarischer Verbindlichkeit, der von ihm nach der inneren Natur beider sehr gut entwickelt wird (S. 151 f.), auch noch im heutigen Rechte entschieden festgehalten wissen. Er betrachtet es jedoch als eine offene Frage „in wie weit neue Gesetzbücher dem Unterschiede der bloß solidarischen Verbindlichkeiten und der Correalobligation ausdrücklich Raum geben sollen" und bezeichnet es als wünschenswerth, „daß die Bearbeiter von Civilgesetzbüchern auch hier die Doctrin nicht mißachten, sondern den gesetzlichen Bestimmungen über Sammtobligationen eine Haltung geben, die der Theorie vergönnt, von ihrem Standpunkte aus die natürlichen Unterschiede auf diesem Gebiet ungestört zu bezeugen" (S. 179).

Der III. und letzte Abschnitt: „Neuere Gesetzgebungen" (S. 201—272) enthält eine um so dankenswerthere Beigabe, je weniger dieser Gegenstand bei den bisherigen Bearbeitern der Lehre die verdiente Berücksichtigung gefunden hat. Auch hier beweist der Verf. seine vertraute Bekanntschaft mit dem Dargestellten, seinen richtigen Blick und sein sicheres Urtheil. Die behandelten Gesetzgebungen sind: das Preußische Landrecht, das Oesterreichische Gesetzbuch, das Französische und das Zürcherische. Hieran reihen sich die Entwürfe eines bürgerl. Gesetzbuchs für das K. Sachsen, für das Großh. Hessen und der Entwurf eines allgem. deutschen Handelsgesetzbuches.

Diese tüchtige, mit einer gewinnenden Bescheidenheit abgefaßte „Erstlingsarbeit," welche von dem ernsten Streben des Verf. das rühmlichste Zeugniß gibt, wird nicht verfehlen, das Interesse für den darin behandelten wichtigen Gegenstand rege zu erhalten.

J. A. Gruchot.

---

3.

**Archiv für rechtswissenschaftliche Abhandlungen,** herausgegeben von Schering, Geh. Ober-Justizrath. Ersten Bandes erstes Heft. Berlin 1861. Verlag von J. Guttentag.

Diese neue Zeitschrift, deren erstes Heft vorliegt, schließt sich an das kürzlich erschienene empfehlenswerthe Werk des Herausgebers an: „Anleitung zur Anfertigung von Referaten, wissenschaftlichen Arbeiten 2c."[1]) Sie ist nach Inhalt der Vorrede durch den von mehreren Seiten geäußerten Wunsch hervorgerufen, „die Anleitung mit

1) angezeigt im Bd. IV S. 504 dieser „Beiträge."

einer größeren Anzahl gediegener Beispiele begleitet zu sehen, da die ertheilten Anweisungen um so leichter Eingang finden und um so nachhaltiger wirken, wenn sie durch gute Beispiele erläutert und dem Leser anschaulich gemacht werden." Der Zweck des Archivs geht daher dahin, „eine Reihe von wissenschaftlichen Arbeiten zu veröffentlichen, welche ganz dazu geeignet erscheinen, den jüngeren Juristen als Vorbilder zu dienen" und somit eine Sammlung zu schaffen, die „für die angehenden Juristen, welche sich zur zweiten oder dritten Prüfung vorbereiten, von besonderem Interesse sein wird." Nebenbei wird jedoch „auch die Aufmerksamkeit der älteren Justizbeamten, und zwar nicht bloß in Preußen, sondern in dem gemeinsamen deutschen Vaterlande, auf diese Sammlung gelenkt, und sie insbesondere denen zur Beachtung empfohlen, welchen es nicht genügt, ihre alltäglichen praktischen Dienste zu leisten, sondern welche als ächte Jünger der Themis den Sinn für die Wissenschaft des Rechts und das Streben nach fortwährender weiterer Ausbildung in sich bewahrt haben." — Als Musteraufsätze sind solche Abhandlungen gewählt, welche von Kandidaten der dritten juristischen Staatsprüfung angefertigt und von der Immediat-Justiz-Examinations-Kommission als besonders gelungen, d. h. als sehr gut oder vorzüglich bezeichnet worden sind — Arbeiten, an denen, wie weiterhin gesagt wird, die Akten des Justiz-Ministeriums so reich sind, „daß es zu beklagen wäre, wenn sie der Wissenschaft und ihren Verehrern für immer entzogen bleiben sollten." Am Schlusse der Vorrede ist noch die Bemerkung hinzugefügt: „daß diese Sammlung zwar hauptsächlich dazu bestimmt ist, die besten wissenschaftlichen Probearbeiten von Kandidaten der dritten juristischen Staatsprüfung aufzunehmen, daß es aber darum nicht ausgeschlossen ist, auch andere gediegene Aufsätze von Preußischen oder anderen Deutschen Juristen auf diesem Wege zu veröffentlichen."

Bleiben wir zunächst bei diesem dem neuen Unternehmen in der Vorrede vorangeschickten Programme stehen, so dürfen wir die Frage nicht abweisen, ob die ins Leben getretene Zeitschrift auf einem wahren und andauernden literarischen Bedürfnisse beruhe. Eine Zeitschrift mit der klar ausgesprochenen Tendenz, nur Musteraufsätze für Prüfungskandidaten zu liefern, dürfte in der That als eine neue, noch nicht dagewesene literarische Erscheinung zu begrüßen sein. Aber wie steht es mit dem Beweise eines wahren und noch dazu eines fortdauernden Bedürfnisses? Ein solches behaupten heißt ja nichts anderes als der gesammten juristischen Literatur, und zwar nicht bloß der Preußischen, sondern auch der gemeinrechtlichen, ein Armuthszeugniß ausstellen! Die Literatur der „civilistischen Abhandlungen" im Gebiete des gemeinen Rechts, von jeher sehr sorgsam gepflegt, hat in neuerer Zeit einen Aufschwung genommen, der sich in einer ganzen Reihe ihr gewidmeter Zeitschriften auf das Erfreulichste kund gibt. Auch die Preußische Rechtsliteratur der Neuzeit ist nicht zurückgeblieben, sondern bietet so vortreffliche „rechtswissenschaftliche Abhandlungen," daß sie auch ohne den Stempel der Probehaltigkeit Seitens der Immediat-Justiz-Examinations-Kommission als wahrhaft mustergültig bezeichnet werden können. Wenn nun für den Prüfungskandidaten ein eigenes Archiv gegründet wird, welches ihm die Arbeiten, die bereits die Feuerprobe bestanden haben, als Modelle vorführt, so liegt die Gefahr nahe, seinem Studium eine einseitige Richtung zu geben, ja es in ein bloßes Anlernen und Einschulen zu verwandeln. Und wozu bedürfte es auch zu dem angedeuteten, an sich durchaus nicht zu verwerfenden Zwecke einer fortlaufenden Sammlung von dergleichen Musterarbeiten? Das Bedürfniß hierzu wird sich um so weniger anerkennen lassen, als man schon seit längerer Zeit damit umgeht, die bisher erforderte wissenschaftliche

Abhandlung bei der dritten Prüfung fortfallen zu lassen und durch eine zweckmäßigere Arbeit zu ersetzen.[1])

Ist hiernach die angeregte Bedürfnißfrage, wenn man dabei lediglich die im Vorworte ausgesprochene Haupttendenz der angezeigten Zeitschrift ins Auge faßt, mit gutem Grunde zu verneinen, so soll doch damit durchaus nicht über die Lebensfähigkeit des Unternehmens und seine Berechtigung auf dem literarischen Gebiete überhaupt abgesprochen werden. Im Gegentheil erkennen wir diese, von jener beschränkten Tendenz abgesehen, auf das Bereitwilligste an. Das erste Heft bringt drei sehr lesenswerthe Abhandlungen, in Betreff deren gewiß Jeder dem Urtheile der Prüfungs-Kommission, welche sie als besonders gelungen bezeichnet hat, vollkommen zustimmen wird:

I. Ueber die Rechtsparömie: „Kauf bricht Miethe." Eine vergleichende Darstellung der betreffenden Grundsätze des Römischen, gemeinen Deutschen und des Preußischen Allgemeinen Land-Rechts. Vom Gerichts-Assessor Dr. Colberg in Halle a. S.

II. Haben die Hypothekengläubiger als solche einen Anspruch auf die Feuerversicherungsgelder, und wie würde eventuell das in Rede stehende Rechtsverhältniß im Wege der Gesetzgebung am angemessensten zu regeln sein? Von dem Gerichts-Assessor Theodor Schmidt II in Zossen.

III. In wie weit kann nach kanonischem Rechte und nach Französischem Civilrechte eine Ehe wegen Irrthums in der Person angefochten werden? Von dem Advokat-Anwalt Schilling in Elberfeld.

Wir können daher nur den Wunsch hegen, daß das neu gegründete „Archiv" mit erweitertem Gesichtskreise fortfahre, für die Hebung der Rechtswissenschaft überhaupt zu wirken.

J. A. Gruchot.

---

4.

**Das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg, nach dem Gesetze vom 16. April 1860 und den legislativen Vorarbeiten, in Verbindung mit den ergänzenden landrechtlichen Bestimmungen.** Von S. Sutro, Gerichts-Assessor. Münster 1861. Verlag der C. C. Brunn'schen Buchdruckerei. 62 S.

5.

**Die eheliche Gütergemeinschaft. Ein vergleichender Commentar zu dem Gesetze vom 16. April 1860 betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg.** Von H. Geck, Kreisrichter in Werden an der Ruhr, Mitglied des deutschen Juristentags. Soest 1861. Verlag der Ritter'schen Buchhandlung (Th. Wehrle). 61 S.

---

Diese kleinen Schriften von fast gleichem Umfange haben sich in rascher Aufeinanderfolge dem denselben Gegenstand behandelnden etwas ausführlicheren Werkchen des Kreisgerichts-Directors Joseph Evelt,[2]) völlig unabhängig von diesem wie

1) Vergl. den Aufsatz des Kreisrichters Dr. Elvers in der Preuß. Gerichts-Zeitung 1861 S. 46, 47.
2) angezeigt im Bd. IV S. 515, 516 dieser „Beiträge."

von einander selbst, zugesellt. Die äußere Anordnung ist in beiden dieselbe. Nach Voranschickung einer einleitenden Darstellung, welche sich über den bisherigen Rechtszustand und die dadurch herbeigeführte Nothwendigkeit einer einheitlichen Regelung der ehelichen Güterverhältnisse verbreitet, sind die Bestimmungen des Gesetzes wörtlich mitgetheilt und jedem einzelnen Paragraphen, unter Berücksichtigung der Motive so wie der Landtagsverhandlungen, erläuternde Bemerkungen hinzugefügt. In dieser Hinsicht zeichnet sich die zuerst angeführte Schrift, sehr vortheilhaft für den praktischen Gebrauch, dadurch aus, daß die Worte des Gesetzes durch größeren Druck vor dem Commentare hervortreten und dadurch die Uebersichtlichkeit des Ganzen wesentlich gefördert ist, auch daß die einschlagenden landrechtlichen Vorschriften (in Petitschrift) wörtlich aufgenommen sind.

Beide Verfasser erklären sich mit dem der historischen Entwickelung des Eherechts vollkommen entsprechenden Grundprinzipe des Gesetzes durchaus einverstanden. S. Sutro sagt in dieser Beziehung (S. 11) sehr richtig: „Was den Kern und das Wesen der Sache anlangt, so wurzelt die Gütergemeinschaft tief in der Sitte und Anschauung der Bewohner aller dieser Landestheile, sowohl auf dem Lande, als in den Städten. Sie wird aufgefaßt als eine natürliche Folgerung aus dem Wesen der Ehe; demnach fordert die Einheit der Gatten in Freud' und Leid, im physischen wie im Seelenleben, auch die Einheit der Güter; wo solche besteht, wirkt das Bewußtsein derselben wieder festigend auf die Ehe selbst zurück und die Identität der ökonomischen Interessen fördert den gemeinsamen Wohlstand; der Eindruck des Gedankens der Gütergemeinschaft hilft endlich das Verhältniß der Kinder zu den Eltern günstig gestalten, sowie nach dem Tode eines Ehegatten die Fortsetzung der Gemeinschaft zwischen dem Ueberlebenden und den Kindern der Familie fester zusammenschließt und dem überlebenden Ehegatten die würdigste Stellung sichert. Kurz, das Institut der Gemeinschaft ist mit dem Gesammtleben der Familie verwachsen, entspricht der edelsten Auffassung der Ehe, versteht sich für die große Mehrzahl der Eingesessenen und zwar sowohl für ihr Gemüth, wie für ihr Rechtsgefühl so sehr von selbst, daß eine etwaige, den Kern des Instituts treffende Beseitigung desselben ohne Zweifel als eine schwere Beeinträchtigung würde empfunden werden." In gleichem Sinne, wenn auch in eigenthümlicher Schreibweise, beginnt H. Geck die Einleitung (S. 3) mit dem Satze: „Ein Gesetz, welches die eheliche Gütergemeinschaft verallgemeinert, ist ein substantieller Fortschritt in der Begriffsentwicklung der Ehe vom christlich-germanischen Standpunkte aus. Denn die Ehe stellt sich uns dar nicht bloß als die Vereinigung, die Genossenschaft (consortium omnis vitae, communicatio divini et humani juris), sondern als die Einheit selbst, in welcher zwei Persönlichkeiten durch die Liebe zu einer Person erwachsen, jedoch nicht, um als Individuen sich zu vernichten, das wäre die Sclaverei, sondern um sich im Selbstbewußtsein als zur Einheit erhoben zu erfassen und in dieser Gemeinschaft die eigene Persönlichkeit zu erhalten" und weist in seinem Schlußworte (S. 60) „auf den höheren Gesichtspunkt" hin, „von dem aus die eheliche Gütergemeinschaft nicht bloß für die Innigkeit, Einheit und Pietät des westfälischen Ehe- und Familienlebens als historische und vernünftige Institution indizirt wird, sondern auch dem deutschen Wesen überhaupt entspricht, welches gerade an den westlichen Gränzpfählen in der „zähen" Widerstandskraft Westfalens gegen wälschen und fränkischen Einbruch seinen ureignen Grundzug vertheidigt und rein erhalten hat." Beide Commentatoren beklagen deshalb den Ausschluß der Dotalrechtsbezirke des Herzogthums Westfalen und H. Geck spricht den Wunsch aus (S. 15): „Möge ein besser

unterrichtetes Herrenhaus die Ausnahme aufgeben und die Aufhebung einer Particularität ermöglichen, welche früher als Hauptgegengrund gegen die befürchtete Zusammenlegung des Appellations-Gerichts Arnsberg mit andern westfälischen Obergerichten und gegen die Concentration der vier westfälischen Obergerichte überhaupt mit Glück benutzt worden ist." — Auch darin begegnen sich die Ansichten beider Schriftsteller, daß sie die Gestaltung des Gesetzes als einer bloßen Novelle zu den ihm als Unterlage dienenden Bestimmungen des Allgem. Land-Rechts gerechtfertigt finden. H. Geck insbesondere bemerkt hierüber (S. 8): „Daß diese landrechtliche Generaltheorie unserer Novelle zur prinzipalen Grundlage unterbreitet ist, haben deren Gegner ihr zum Vorwurfe gemacht, gewiß mit Unrecht. Man verlangte ein integrales Gesetz „aus einem Guß" und erklärte die Grundlage des A. L. R. als ein ungleichartiges Recht, in welche das Neue sich nicht homogen einfügen würde. Es lag inzwischen keine Veranlassung den Redactoren der Novelle vor, diejenigen Bestimmungen des A. L. R., welche bereits fast durchgängig bei den Lücken der Statuten Geltung hatten, z. B. über Einführung, Aufhebung und Aussetzung der Gütergemeinschaft, über Ehescheidung und deren Folgen, in das Gesetz nachrichtlich speciell aufzunehmen oder gar besondere Aenderungen für die Provinz Westfalen vorzubereiten, und hierdurch neue Unterschiede dem übrigen Reiche gegenüber zu schaffen." — Auf das Einzelne kann hier nicht eingegangen werden. Der Praktiker wird beide Schriften, die ihm ein willkommenes Material zur richtigen Auslegung und Anwendung des Gesetzes bieten, mit Nutzen gebrauchen und auch in der etwas geschraubten Darstellungsweise des letztgenannten Schriftstellers den zuweilen in Geistesblitzen sich Luft machenden warmen Eifer für die Fortbildung unseres Rechts zu erkennen wissen.

J. A. Gruchot.

---

6.

**Die besonderen Preußischen Strafgesetze, commentirt durch Entscheidungen des K. Ober-Tribunals und Ministerial-Rescripte.** Eine Sammlung für den Handgebrauch, herausgegeben von Paul Stoepel, Staatsanwalt. Berlin. Verlag von J. Guttentag. 1861. 188 S.

---

Das Werk dient zur Ergänzung der von Oppenhoff veranstalteten, durch einen fortlaufenden Commentar erläuterten Ausgabe des Preußischen Strafgesetzbuchs; es umfaßt die Entscheidungen des K. Ober-Tribunals und diejenigen Ministerial-Rescripte, welche zu den auf das Strafrecht bezüglichen, außer dem Strafgesetzbuche noch gültigen Gesetzen und Verordnungen ergangen sind. Nach der chronologischen Reihenfolge dieser nicht mit abgedruckten Gesetze und Verordnungen wird unter Bezugnahme auf dieselben und deren einzelne Paragraphen der Inhalt der Entscheidungen und Rescripte in einem kurzen Auszuge angegeben, ohne daß Seitens des Verfassers weitere Bemerkungen gemacht werden. Nach dieser Anlage des Buches kommt es daher nur darauf an, daß die gegebene Zusammenstellung eine möglichst vollständige sei, und die aus den Entscheidungen des K. Ober-Tribunals und den Ministerial-Rescripten gemachten Auszüge den Sinn der letzteren richtig wiedergeben. In beiden Beziehungen hat der Verfasser das sich vorgesetzte Ziel erreicht, und das Werk, dem ein alphabetisches Register beigefügt ist, ist ein für den praktischen Gebrauch nützliches Handbuch.

M.

## 7.

**Ueberſicht der Bergrechtlichen Entſcheidungen des Königlichen Ober=Tribunals.** Von R. Kloſtermann, Bergrath. Berlin 1861. Verlag der Königl. Geh. Ober-Hofbuchdruckerei (R. Decker). 281 S.

---

Dieſe werthvolle Arbeit, welche bei ihrem erſten Erſcheinen in der Zeitſchrift für Berg-, Hütten- und Salinenweſen Bd. VII und VIII von allen Freunden der Bergrechts-Wiſſenſchaft mit wohl verdientem Beifalle aufgenommen worden iſt, wird hier in einer beſonderen Ausgabe dem größeren juriſtiſchen Publikum vorgelegt. Die Schrift umfaßt nach Inhalt des Vorwortes „hundert und zwanzig Entſcheidungen des Ober-Tribunals, welche Rechtsfragen aus faſt allen Materien des Bergrechts zum Gegenſtande haben und in ihrer Zuſammenſtellung einen ziemlich vollſtändigen Ueberblick über dieſes Rechtsgebiet gewähren." Sie gibt jedoch bei weitem mehr als der Titel anzudeuten ſcheint, indem ſie ſich keineswegs auf eine geordnete Zuſammenſtellung der in dieſe Materie einſchlagenden Entſcheidungen unſeres höchſten Gerichtshofes beſchränkt, ſondern ganz ſelbſtändige Erörterungen über die wichtigſten und ſchwierigſten Punkte des Bergrechts in lichtvoller Darſtellung liefert, hieran die Mittheilung der Entſcheidungen des Ober-Tribunals anknüpft und dieſe wiederum einer ſehr beachtenswerthen Kritik unterwirft. Wir haben daher ein Werk vor uns, das — im Vereine mit den Beſtrebungen von Braſſert, Gräff, Strohn u. A. — vorzüglich geeignet erſcheint, immer mehr und mehr „nicht nur die praktiſche Wichtigkeit, ſondern auch den theoretiſchen Werth" eines Zweiges der Rechtswiſſenſchaft zur Anerkennung zu bringen, welcher früher „bei der Mehrzahl der Juriſten für eine unverſtändliche Geheimlehre galt, deren Kenntniß nur wenigen Eingeweihten zugänglich und nur für den Fachmann von Nutzen ſei." — Die im § I vorangeſchickte „Einleitung" bezeichnet uns die Geſichtspunkte, welche den Verfaſſer bei ſeiner Arbeit geleitet haben. Es wird darin das Preußiſche Bergrecht „vom Standpunkte der wiſſenſchaftlichen Durchbildung aus als ein noch flüſſiges im Werden begriffenes" dargeſtellt und die Urſache dieſer Erſcheinung in der geſchichtlichen Entwickelung, in der Gerichtsverfaſſung, vorzugsweiſe aber in dem Zuſtande der materiellen Geſetzgebung gefunden. Hieran iſt die treffende Bemerkung geknüpft, „daß die Beſſerung des Rechtszuſtandes nicht, wie dies vielfach geſchieht, von einem bloßen Acte der Geſetzgebung erwartet werden darf, ſondern daß der Codification der Berggeſetzgebung eine gründliche Durchbildung der Theorie des Bergrechts vorangehen muß." Nach einer kurzen Hinweiſung auf die bisherigen Leiſtungen im Gebiete des Preuß. Bergrechts wird die Wichtigkeit der bergrechtlichen Jurisprudenz des Ober-Tribunals hervorgehoben und der von dem Verfaſſer bei ihrer Darſtellung befolgte Plan angegeben. Der Gang der Unterſuchung folgt hiernach — um mit den Worten des Verf. zu reden — der natürlichen Ordnung der Materien, ohne ſich ſtreng weder an die Legalordnung, noch an das Syſtem eines beſtimmten Lehrbuches anzuſchließen. Diejenigen Präjudizien und Rechtsgrundſätze, welche als das feſte, wenn auch nicht überall unſtreitige Reſultat der Rechtſprechung des Ober-Tribunals zu betrachten ſind, werden unter fortlaufenden Nummern beſonders hervorgehoben und die ausführlichere Begründung dieſer Sätze ihrem weſentlichen Inhalte

nach, so wie die zur Erläuterung oder Vergleichung angezogenen Entscheidungen in den begleitenden Text eingeschaltet. So oft es erforderlich ist, wird jedoch die Erörterung auch über die von dem Ober-Tribunal gegebenen Entscheidungsgründe hinaus ausgedehnt, um das in einer einzelnen Anwendung ausgesprochene Prinzip in seiner Allgemeinheit zu entwickeln, oder die Tragweite des zur Begründung einer einzelnen Entscheidung aufgestellten allgemeinen Grundsatzes festzustellen. — Auf die Durchführung des Einzelnen einzugehen, ist nicht der Zweck dieser Anzeige. Wir beschränken uns darauf, als besonders beachtenswerth folgende Abschnitte zu bezeichnen: § V. Die rechtliche Natur des Bergwerkseigenthums. § VI. Der Schürfschein und das Recht des ersten Finders. § VII. Die Muthung und die Feldesstreckung. § VIII. Die Feldesfreiheit. § XII. Die Grundentschädigung. § XVI. Das Kuxeigenthum. § XX. Die Ausbeute und die Zubuße.

Gewiß wird jeder Leser dieses Buches mit uns den Wunsch hegen, auch für die übrigen Zweige des Preußischen Rechts die für dessen Fortbildung so wichtigen Entscheidungen des Ober-Tribunals, die uns vom unermüdlichen Sammlerfleiße bis zum Ueberdrusse vorgeführt werden, in gleich musterhafter, für die Wissenschaft allein fruchtbringender Weise behandelt zu sehen.

J. A. Gruchot.

# Nachtrag zu den Abhandlungen.

## Nr. 5.

## Ist das gesetzliche Vorkaufsrecht, welches der § 287 Tit. 11 Thl. I des Allgem. Landrechts dem ersten Käufer ertheilt, in Ansehung von Immobilien durch die Vorschriften des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 aufgehoben?

Vom Gerichts-Assessor Dr. Albrecht Altmann in Berlin.

Die obige Frage dürfte zu verneinen sein.

Die Bestimmungen, auf die es hier zunächst ankommt, sind der § 287 I. 11. des A. L. R. und der § 2 Nr. 6, so wie der § 4 des Gesetzes, betreffend die Ablösung der Reallasten und die Regulirung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850 (Ges.-Samml. S. 77). Die erstere Vorschrift verordnet:

„Der erste Käufer hat, wenn er sich eben diese Bedingungen (sc. des besseren Käufers, vergl. § 286 a. a. O.) gefallen läßt, das Vorkaufsrecht."

Die letztgedachten Vorschriften des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 lauten:

§ 2. „Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, hiermit aufgehoben:

6. Die Vorkaufs-, Näher- und Retraktsrechte an Immobilien, mit Ausnahme der im § 4 aufgeführten."

§ 4. „Das durch Verträge oder letztwillige Verfügungen begründete Vorkaufsrecht an Immobilien, das Vorkaufsrecht derjenigen, die eine Sache gemeinschaftlich zu vollem Eigenthum besitzen, an deren Antheilen, sowie das Retraktrecht der Miterben nach dem Rheinischen Civilgesetzbuch, bleiben in Kraft.

Ein gesetzliches Vorkaufsrecht findet ferner wegen aller Theile von Grundstücken statt, welche in Folge des von dem Staate ausgeübten oder verliehenen Expropriationsrechts zu gemeinnützigen Zwecken haben veräußert werden müssen, wenn in der Folge das expropriirte Grundstück ganz oder theilweise zu dem bestimmten Zweck nicht weiter nothwendig ist und veräußert werden soll...."

Zur Begründung der oben ausgesprochenen Ansicht soll zunächst nachgewiesen werden, daß es nach dem Plane und den Motiven der in dem Ablösungsgesetze vom 2. März 1850 gegebenen Vorschriften nicht

in der Absicht lag, das dem ersten Käufer bei der in diem addictio gesetzlich zugesicherte Vorkaufsrecht in Ansehung von Immobilien aufzuheben.

Es handelt sich hierbei zwar nur um das Gesetz vom 2. März 1850. Dieses Gesetz ist aber nichts weiter, als eine konsequente Verfolgung der seit dem Jahre 1807 in unserem Vaterlande hervorgetretenen Bestrebungen, Personen, Gewerbthätigkeit und Grundbesitz von den Banden zu befreien, durch welche die in ihnen liegenden Kräfte gefesselt lagen.[1]) Es möge daher gestattet sein, auf das den Anfang machende Edikt vom 9. October 1807 zurückzugehen, zumal schon dessen Bestimmungen die Frage, ob das dem ersten Käufer in § 287 I. 11 A. L. R. gegebene Vorkaufsrecht noch fortbestehe, nicht minder zweifelhaft machten, als die oben angeführten Bestimmungen des Ablösungsgesetzes von 1850.

Der § 3 des gedachten Edikts verordnete nämlich:

„Ein gesetzliches Vorkaufs- und Näherrecht soll fernerhin nur bei Lehns-Obereigenthümern, Erbzinsherrn, Erbverpächtern, Miteigenthümern und da eintreten, wo eine mit andern Grundstücken vermischte oder von ihnen umschlossene Besitzung veräußert wird."

Auch dieses Edikt schränkte hiernach nur das Vorkaufsrecht bei Grundstücken ein,[2]) es hob aber gleichzeitig alle gesetzlichen Vorkaufsrechte in Ansehung von Grundstücken, mit alleiniger Ausnahme der ausdrücklich genannten, auf. Deshalb sollte man aber auch meinen, das in § 287 a. a. O. gesetzlich[3]) gegebene Vorkaufsrecht sei in Ansehung von Immobilien von dieser Aufhebung mit betroffen worden. Schon der Eingang des Edikts indessen beweist, daß dasselbe nur die verkehrs- und kulturschädlichen Beschränkungen in Besitz und Genuß des Grundeigenthums beseitigen wollte. Eine solche Beschränkung kann aber in dem dem ersten Käufer bei der in diem addictio ertheilten Vorkaufsrechte nimmermehr gesehen werden.[4]) Es kann daher wohl

1) Vergl. Koch, Preußisches Privatrecht, Bd. 1, 5, 12, 3. Aufl. S. 58; Lette und von Rönne, die Landes-Kulturgesetzgebung des Preußischen Staats. Berlin 1853. Bd. 1 Einl. S. XCIV ff.

2) Vergl. Bornemann, Preuß. Civilrecht, Bd. 4 1. Aufl. § 313 S. 411, 2. Aufl. § 281 S. 266; Lette und v. Rönne a. a. O. Bd. 2 Abth. 1 S. 39—42.

3) Daß dieses Vorkaufsrecht einzig und allein als gesetzliches, nimmermehr als vertragsmäßiges aufgefaßt werden könne, wird sich aus den Ausführungen am Schlusse von selbst ergeben. Vergl. die Note 43.

4) Vergl. zu § 3 des Edikts vom 9. October 1807 die Gründe des Plenarbeschlusses des K. Ober-Trib. vom 18. September 1854 über die Aufhebung des den Agnaten zustehenden Vorkaufs- und Retraktrechts in den Entscheidungen, Bd. 28 S. 305—308.

auch nicht die Absicht des Edikts die gewesen sein, das letztgedachte Vorkaufsrecht ebenfalls aufzuheben.

Beabsichtigte nun aber das Gesetz vom 2. März 1850 etwas Anderes?

Schon die allgemeinen Motive des Regierungsentwurfs zu diesem Gesetze bemerken,[5]) „daß im Laufe der letzten Jahre das Bedürfniß gefühlt und vielfach in Anregung gebracht sei, die noch übrigen, der freien Entwickelung aller Kräfte der ländlichen Industrie schädlichen Ueberreste des gutsherrlich-bäuerlichen Verhältnisses zu beseitigen. Gegenwärtig sei aber diese Beseitigung unerläßlich geworden, nachdem durch den Art. 40 der neuen Verfassungsurkunde des Preußischen Staats[6]) das Recht der freien Verfügung über das Grundeigenthum festgestellt, die Theilbarkeit dieses Eigenthums und die Ablösbarkeit der Grundlasten gewährleistet, zugleich aber auch die unentgeltliche Aufhebung der Gerichtsherrlichkeit, der gutsherrlichen Polizei, der obrigkeitlichen Gewalt und der aus diesen Befugnissen, so wie aus der Schutzherrlichkeit, der früheren Erbunterthänigkeit, der früheren Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen ausdrücklich ausgesprochen worden sei."

Als einer der Hauptgrundsätze wird demnächst aufgestellt, „daß ohne Entschädigung des Berechtigten, außer den im Art. 40 der Verfassungsurkunde erwähnten, auch solche, die freie Verfügung über das Grundeigenthum beschränkende

---

5) Lette und v. Rönne a. a. O. Bd. 2 Abth. 1 S. 207, 208.

6) Jetzt Art. 42 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850. Er lautet:

„Das Recht der freien Verfügung über das Grundeigenthum unterliegt keinen anderen Beschränkungen, als denen der allgemeinen Gesetzgebung. Die Theilbarkeit des Grundeigenthums und die Ablösbarkeit der Grundlasten wird gewährleistet.

Für die todte Hand sind Beschränkungen des Rechts, Liegenschaften zu erwerben und über sie zu verfügen, zulässig.

Aufgehoben ohne Entschädigung sind:

1. die Gerichtsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, sowie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien;
2. die aus diesen Befugnissen, aus der Schutzherrlichkeit, der früheren Erbunterthänigkeit, der früheren Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen.

Mit den aufgehobenen Rechten fallen auch die Gegenleistungen und Lasten weg, welche den bisherigen Berechtigten dafür oblagen.

Bei erblicher Ueberlassung eines Grundstücks ist nur die Uebertragung des vollen Eigenthums zulässig; jedoch kann auch hier ein fester ablösbarer Zins vorbehalten werden.

Die weitere Ausführung dieser Bestimmungen bleibt besonderen Gesetzen vorbehalten."

Berechtigungen fortfallen sollten, welche dem Berechtigten entweder gar keinen materiellen, oder einen doch nur selten zu realisirenden, von ganz zufälligen Umständen abhängigen Vortheil gewährten."

Auf dieser letzteren Erwägung ruhte denn der § 2 des Entwurfs. In den denselben begleitenden Motiven wurde zur Rechtfertigung der unentgeltlichen Aufhebung der dort genannten Berechtigungen nochmals hervorgehoben, „daß dieselben der freien Verfügung über das Grundeigenthum hindernd in den Weg träten und deshalb dem öffentlichen Wohle schädlich seien." 7)

Der § 2 Nr. 6 des Regierungsentwurfs selbst aber lautete:

Ohne Entschädigung werden folgende Berechtigungen, soweit sie noch bestehen, aufgehoben:

6. Alle Vorkaufs-, Näher- und Retraktrechte an Immobilien, mit Ausnahme des Vorkaufsrechts der Mit-Eigenthümer, so wie des nach dem rheinischen Civilgesetzbuch den Miterben zustehenden Retraktrechts.8)

Die diese letztere Bestimmung rechtfertigenden Motive des Regierungsentwurfs waren folgende:9)

Das Vorkaufs-, Näher- oder Retraktrecht, möge es auf Gesetzen oder Willenserklärung beruhen, ist eine sehr lästige Beschränkung des Grundeigenthums, indem es Kauflustige zurückschreckt, da dieselben niemals sicher sein können, durch einen, von ihnen oft mit Mühe und Kosten eingeleiteten Handel über ein Gut zum Ziele zu gelangen. Für den Berechtigten kann dasselbe allerdings unter Umständen von Interesse sein; im Allgemeinen aber läßt sich ein Werth dieses Rechts in Gelde nicht angeben und deshalb auch kein Ablösungssatz dafür aufstellen; vielmehr bleibt nur die unentgeltliche Aufhebung das einzige Auskunftsmittel. Die früher geltenden gesetzlichen Vorkaufsrechte sind durch § 3 des Edikts vom 9. October 1807 schon auf die der Lehns-Ober-Eigenthümer, Erbzinsherrn, Erbverpächter, Miteigenthümer und auf diejenigen Fälle beschränkt, wo eine mit anderen Grundstücken vermischte oder von diesen umschlossene Besitzung veräußert wird. Auch hat im letztern Sinne neuerlich der § 15 des Gesetzes vom 3. November 1838 über die Eisenbahn-Unternehmungen noch ein solches Vorkaufsrecht dem Expropriirten an den zu den Zwecken der Eisenbahngesellschaft ihm früher entzogenen und später dazu nicht mehr nöthigen Grundstücken zugestanden.

Der vorliegende Entwurf hat von allen diesen gesetzlichen Vorkaufsrechten nur noch das der Miteigenthümer an den ideellen Theilen einer

---

7) Lette und von Rönne a. a. O. S. 224.
8) Lette und von Rönne a. a. O. S. 244.
9) Lette und von Rönne a. a. O. S. 245.

gemeinschaftlichen Sache, so wie das ihm ähnliche, im Art. 841 des Rheinischen Civilgesetzbuchs den Miterben gewährte Retraktrecht beibehalten und zwar aus der beachtungswerthen Rücksicht, daß sowohl das gesellschaftliche, als das Familienverhältniß vor dem willkürlichen Sich-Eindrängen dritter Personen geschützt bleiben muß. Die Aufhebung dagegen der Vorkaufsrechte des Lehns- und Erbzinsherrn, so wie des Erbverpächters ist eine konsequente Folge der Aufhebung dieser genannten Rechtsverhältnisse überhaupt, und auch das Vorkaufsrecht an den vermischten oder umschlossenen Besitzungen kann füglich aufgehoben werden, weil seine praktische Bedeutsamkeit an sich nicht erheblich und überdies durch die Zulässigkeit der Gemeinheitstheilungen schon sehr verringert worden ist.

Die Kommission der II. Kammer schloß sich den Motiven der Regierung an,[10]) glaubte jedoch sich auch für die Beibehaltung der durch Verträge begründeten Vorkaufsrechte und eine Generalisirung des durch die Bestimmungen des Eisenbahngesetzes vom 3. November 1838 §§ 16—19 eingeführten Vorkaufsrechtes entscheiden zu müssen; für die vertragsmäßigen deshalb, weil die Verfassungsurkunde dgl. Vorkaufsrechte nicht aufhebe, auch nicht ablösbar mache, und im Wege der Gesetzgebung ohne dringende Nothwendigkeit abgeschlossene Verträge nicht aufgehoben werden dürften, auch die Freiheit der Verfügung über ein Grundstück nicht beschränkt werden dürfe; für die zweite Klasse, weil zunächst der freie Wille des zeitigen Eigenthümers des durch den ursprünglichen Erwerb verkleinerten Grundstücks darüber zu entscheiden habe, ob der Zwecks der Expropriation angewandte Zwang mit Nachtheilen für die wirthschaftlichen Verhältnisse verbunden gewesen und diese Nachtheile durch den Rückerwerb der Parzellen zu beseitigen seien.[11])

Das Plenum der II. Kammer entschied sich nächstdem auch noch für die Beibehaltung des durch letztwillige Verfügungen begründeten Vorkaufsrechts.[12]) Die Kommission und das Plenum der I. Kammer erklärten in Uebereinstimmung mit dem Regierungs-Kommissar — unwesentliche Wortänderungen ausgenommen — sich mit diesen Anträgen durchweg einverstanden,[13]) und so erhielt denn der ursprüngliche § 2 Nr. 6 des Regierungsentwurfs unter Einschaltung eines neuen Paragraphen die in § 2 Nr. 6 und § 4 des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850 sanktionirte Fassung.

---

10) Lette und von Rönne a. a. O. S. 210, 212, 245.
11) Lette und von Rönne a. a. O. S. 246.
12) Lette und von Rönne a. a. O. S. 247.
13) Lette und von Rönne a. a. O. S. 247, 248. Vergl. den Bericht der Kommission der I. Kammer a. a. O. S. 213—215.

Aus dem Vorangeführten erhellet hiernach unzweideutig, daß man bei dem Entwurfe und bei der Berathung des in Rede stehenden Gesetzes in gleicher Weise wie bei dem Edikte vom 9. October 1807 lediglich darauf bedacht war, alle und jede verkehrs- und kulturschädliche Einschränkung des Grundeigenthums aufzuheben; daß man ferner hierbei von der Erwägung geleitet wurde, alle derartigen Berechtigungen gewährten dem Berechtigten entweder gar keinen materiellen, oder einen doch nur selten zu realisirenden, von zufälligen Umständen abhängigen Vortheil.

Wenn man daher auch ganz allgemein die gesetzlichen Vorkaufsrechte an Immobilien aufhob, so wollte man doch damit ganz gewiß nicht das dem ersten Käufer in § 287 I. 11. A. L. R. gegebene Vorkaufsrecht beseitigen. Denn dasselbe ist weder, wie schon erwähnt, ein verkehrs- oder kulturschädliches, noch kann man sagen, dasselbe gewähre dem Berechtigten entweder gar keinen materiellen, oder einen doch nur selten zu realisirenden, von zufälligen Umständen abhängigen Vortheil.

Nimmt man nun aber an, der Wortlaut des § 2 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes sei deutlich, bestimmt und keiner alternativen Interpretation fähig, derselbe erstrecke sich daher aber auch, mit Ausnahme der im § 4 ebendas. genannten, auf alle übrigen gesetzlichen Vorkaufsrechte ohne Einschränkung: so wird man trotz der Vorschrift des § 46 der Einleitung zum A. L. R.[14]) sich doch nicht für berechtigt halten können, das Gesetz, dem klaren Wortlaute desselben entgegen,

14) Derselbe lautet: „Bei Entscheidungen streitiger Rechtsfälle darf der Richter den Gesetzen keinen andern Sinn beilegen, als welcher aus den Worten und dem Zusammenhange derselben in Beziehung auf den streitigen Gegenstand, oder aus dem nächsten unzweifelhaften Grunde des Gesetzes deutlich erhellet." Erscheint also nach den Worten und dem Zusammenhange derselben in Bezug auf den streitigen Gegenstand der Sinn des Gesetzes zweifelhaft, so soll der Richter auch auf den nächsten unzweifelhaften Grund des Gesetzes, die ratio legis, zurückgehen können, wenn diese ratio deutlich erhellet. Der Begriff dieses Grundes jedoch, der ratio legis, wird verschieden aufgefaßt, indem man ihn bald in die Vergangenheit gesetzt hat, bald in die Zukunft. Nach der ersten Ansicht gilt als Grund die schon vorhandene höhere Rechtsregel, deren konsequente Durchführung das gegenwärtige Gesetz herbeigeführt hat. Nach der zweiten Ansicht gilt als Grund die Wirkung, die durch das Gesetz hervorgebracht werden soll, so daß der Grund von diesem Standpunkt aus auch als Zweck oder als Absicht des Gesetzes bezeichnet wird. Savigny, System des heutigen Röm. Rechts, Bd. 1 S. 217. Nach Savigny würde es irrig sein, diese beiden Ansichten in einem absoluten Gegensatz zu denken. Vielmehr ist anzunehmen, daß dem Gesetzgeber stets beide Beziehungen seines Gedankens gegenwärtig gewesen sind. Savigny a. a. O.

lediglich der Absicht des Gesetzgebers gemäß auszulegen.[15]) Denn damit würde eine Berichtigung des in klaren Worten ausgesprochenen Gedankens des Gesetzes selbst durch Zurückführung auf denjenigen Gedanken versucht werden, den das Gesetz hätte enthalten und in Worte fassen sollen.[16]) Bornemann [17]) aber bemerkt sehr richtig, der Richter sei nicht zur Gesetzgebung, sondern zu deren Anwendung berufen, er dürfe sich also auf ein efferre beschränken, nicht ein inferre anmaßen.

Mit dem Nachweise, das Gesetz habe etwas Anderes gesagt, als gewollt, ist die Entscheidung unserer Frage mithin noch nicht gegeben.

Allein wir nahmen oben ohne weitere Prüfung an, daß der Wortlaut des § 2 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes deutlich, bestimmt und keiner alternativen Deutung fähig sei. Diese Annahme erscheint bei näherer Betrachtung als eine ungerechtfertigte.

Das Gesetz vom Jahre 1850 beseitigt allerdings ganz allgemein „die gesetzlichen [18]) Vorkaufsrechte an Immobilien," einzelne wenige, bestimmt bezeichnete, ausgenommen. Es fragt sich nun aber, ob denn das zur Zeit der Emanirung des letztgedachten Gesetzes geltende Landesrecht an irgend einer Stelle κατ' ἐξοχήν von dergleichen gesetzlichen Vorkaufsrechten handele, oder nicht. Ist das Erstere der Fall, so ist nichts natürlicher, als daß das neue Gesetz mit der Bezeichnung „gesetzliche Vorkaufsrechte" auch nur denjenigen Begriff verbinden wollte, der dem in der sedes materiae aufgestellten entsprach und daß es also unter jenem Ausdrucke schlechthin nur diejenigen Vorkaufsrechte begriff, welche nach den in der sedes materiae aufgestellten Regeln zu beurtheilen waren. Das A. L. R. handelt nun von Vorkaufsrechten im Allgemeinen in dem ganzen dritten Abschnitte des Tit. 20 Thl. I.[19])

---

15) Vergl. hierzu im Allgemeinen für das Röm. Recht: Thibaut, Versuche, 2. Aufl. 1817 Bd. 1 S. 213—216; Savigny a. a. O. Bd. 1 § 37 S. 230, 231, 233—235, § 50 S. 321 ff.; für das Preuß. Recht: Bornemann a. a. O. Bd. 1 1. Aufl. § 37 S. 217 ff., 2. Aufl. § 6 S. 67 ff.; Koch, Preuß. Privatrecht, Bd. 1 § 24. III. 3. Aufl. S. 104 f.; von Daniels, Lehrb. des preuß. Privatrechts, Bd. 1 S. 145 und die daselbst allegirte A. Kab.-Ordre vom 13. Juni 1842 (Just.-Min.-Bl. S. 214).

16) Savigny a. a. O. S. 233, 321—323.

17) Bornemann a. a. O. 1. Aufl. S. 218, 2. Aufl. S. 68.

18) Dies folgt aus dem Gegensatze des § 4 zum § 2 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes.

19) Daß es in demselben Abschnitte auch noch vom Näher- und Wiederkaufsrecht handelt, ist für unsere Argumentation gleichgültig; ebenso aber auch, daß von dem durch Vertrag und letzten Willen begründeten Vorkaufsrechte daselbst die Rede ist.

An der Spitze des Abschnittes definirt es das Vorkaufsrecht „als die Befugniß, eine von dem Eigenthümer an einen Dritten verkaufte Sache unter den Bedingungen des geschlossenen Kaufs, oder unter gewissen im Voraus bestimmten Bedingungen käuflich zu übernehmen.“ [20]) Es verordnet weiter, „daß ein aus dem Gesetze unmittelbar entspringendes Vorkaufsrecht jeden Besitzer auch ohne Eintragung verpflichte,“ daß also jedes gesetzliche Vorkaufsrecht dinglich sei; „beruhe jedoch der Grund, warum eine unbewegliche Sache diesem Recht unterworfen sei, darauf, weil derselben die Lehns-, die Erbzins- oder eine andere dergleichen Eigenschaft beiwohne: so müsse wenigstens diese Eigenschaft in dem Hypothekenbuche vermerkt sein.“ [21]) Das Landrecht bestimmt ferner, das Vorkaufsrecht könne „andern, die für sich selbst dazu nicht befugt sind, nicht abgetreten werden;“ [22]) es giebt die Vorschrift, die Ausübung des Vorkaufsrechts bleibe in allen den Fällen außer Anwendung, wo statt eines Verkaufs der Sache dieselbe vertauscht werde oder der Verkäufer sich mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse eine Verpflegung ausbedinge, oder den Kauf unter einer Bedingung abschließe, die kein anderer als der gegenwärtige Käufer erfüllen könne, oder die Sache dem nächsten gesetzlichen Erben noch unter Lebendigen käuflich überlasse.[23]) Endlich hat das Landrecht bei seinen besonderen Bestimmungen über gesetzliche, oder, wie die Redaktoren sie auch bezeichnen, über dingliche[24]) Vorkaufsrechte nur solche Vorkaufsrechte vor Augen, bei denen der Anspruch nicht bloß den Fall einer Veräußerung durch den gegenwärtigen Eigenthümer zum Gegenstande hat, sondern sich bei jedem weiteren Verkaufe durch spätere Erwerber wiederholt.[25])

Alle diese Bestimmungen, welche für die gesetzlichen, durchweg mehr oder weniger kultur- und verkehrsschädlichen Vorkaufsrechte gelten, wie beispielsweise für das Vorkaufsrecht des Erbzinsherrn,[26]) das bei Lehn-

---

20) A. L. R. I. 20. § 568.

21) A. L. R. a. a. O. §§ 573, 574. Vergl. dazu Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 § 242 1. Aufl. S. 203 f., 2. Aufl S. 236 ff.; Bornemann a. a. O. Bd. 4. 2. Aufl. § 281 S. 266 Note 1 (durch einen Druckfehler ist diese Note als Note 2 bezeichnet); v. Daniels a. a. O. Bd. 3 S. 186 f. zu B.

22) A. L. R. a. a. O. § 594. Vergl. § 595 ebendas. und Koch, Uebergang der Forderungsrechte § 17. 2. S. 82 f.

23) A. L. R. a. a. O. §§ 575—586.

24) Bornemann a. a. O. (oben Anm. 21).

25) v. Daniels a. a. O.; Koch a. a. O.

26) A. L. R. I. 18 § 710. Dieser Paragraph verweist ausdrücklich auf Tit. 20 Abschn. III.

gütern,[27]) bei Familiengütern,[28]) unter Nachbarn:[29]) alle diese Bestimmungen treffen bei dem dem ersten Käufer in § 287 I. 11. A. L. R. ertheilten Vorkaufsrechte nicht zu. Denn hier ist die Sache weder bereits an einen Dritten endgiltig verkauft,[30]) noch sind die Kaufbedingungen im Voraus, d. h. schon bei Eingehung des durch die in diem addictio bedingten Vertrages bestimmt. Auch verpflichtet keineswegs das im § 287 a. a. O. ertheilte Vorkaufsrecht jeden Besitzer der Sache, es ist dasselbe vielmehr an und für sich nur ein persönliches.[31]) Ferner kann das Vorkaufsrecht des § 287 a. a. O. zwar für sich allein nicht abgetreten werden, wohl aber hat der erste Käufer das Recht, seine aus dem Kaufvertrage entstandene Forderung und damit zugleich das mit derselben verbundene Vorkaufsrecht jedem Dritten zu überlassen.[32]) Wenn weiter hinsichtlich der im Tit. 20 Th. I A. L. R. abgehandelten Vorkaufsrechte verordnet ist, daß ein dergleichen Vorkaufsrecht nur bei wirklichen Käufen, nicht bei anderen Arten der Veräußerung ausgeübt werden könne:[33]) so gilt diese Vorschrift bei der in diem addictio in einem ganz anderen Sinne. Dort nämlich bleibt die Veräußerung an den Dritten bestehen, hier ist sie ganz unzulässig,[34]) der erste Käufer und dieser allein ist der Vorkaufsberechtigte, er behält alsdann die Sache, der von ihm geschlossene Kauf wird unwiderruflich. Endlich steht auch das Vorkaufsrecht des § 287 a. a. O. immer nur für einen einzelnen Fall zu, es wiederholt sich nie bei einem weiteren Verkaufe durch spätere Erwerber.[35])

27) A. L. R. a. a. O. § 306. Auch von dieser Bestimmung gilt das in voriger Note Gesagte.

28) A. L. R. I. 20 § 649 und II. 4 § 250. Auch auf den letzteren Paragraph findet die Note 26 Anwendung.

29) A. L. R. I. 20 §§ 650 ff. Ebenso in dem Falle des § 914 II. 11 a. a. O.

30) Wenigstens kann dies ganz gewiß nicht von einem unter der Bedingung des § 272 I. 11 A. L. R. geschlossenen Kaufe gesagt werden. Vergl. Bornemann a. a. O. Bd. 1. 1 Aufl. § 62. 1. a. S. 369, 2. Aufl. § 33. 1. a. S. 164 f. Vergl. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 2. § 94. I. 1. 1. Aufl. S. 224 f., 2. Aufl. S. 252 f. Vergl. auch die Entscheidungen, Bd. 43 S. 311.

31) Vergl. Koch an dem Note 21 angeführten Orte; Heydemann, System des Preußischen Civilrechts im Grundrisse. Berlin 1851. S. 130. II. 1. Freilich kann das bei der in diem addictio gegebene Vorkaufsrecht durch Eintragung binglich werden. Dies gilt aber bei jedem persönlichen, durch Vertrag oder letztwillige Anordnung bestellten Vorkaufsrechte, sobald es sich um Immobilien handelt. Vergl. A. L. R. I. 20. §§ 569, 570.

32) Vergl. Koch, Uebergang der Forderungsrechte § 11. I. S. 44.

33) S. Note 23.

34) A. L. R. I. 11. § 283. Vgl. die §§ 284, 285 ebendas.

35) Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 § 242 1. Aufl. S. 203, 2. Aufl. S. 237.

Nehmen wir hinzu, daß das A. L. R. selbst, wenn es vom Vorkaufsrechte schlechthin und nicht etwa in Verbindung mit anderen, dasselbe näher bestimmenden Vorschriften spricht,[36]) regelmäßig nur an eines der Vorkaufsrechte denkt, welches den Regeln des Abschnitts III Tit. 20 des 1. Theils unterworfen ist:[37]) dann kann es nicht weiter zweifelhaft erscheinen, daß nicht bloß der § 3 des Edikts vom 9. October 1807, sondern namentlich auch der § 2 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes mit seiner allgemeinen, nicht näher bestimmten Ausdrucksweise nur diese letzteren Vorkaufsrechte gemeint habe.

Hiermit aber ist der Beweis geführt, daß der § 2 Nr. 6 a. a. O. nicht auch die Aufhebung des gesetzlichen Vorkaufsrechtes in sich schließt, welches der § 287 Tit. 11 Th. I A. L. R. dem ersten Käufer in Ansehung von Immobilien ertheilt.

Die hier versuchte Auslegung des § 2 Nr. 6 a. a. O., die streng genommen nicht einmal eine restriktive[38]) genannt werden kann, steht somit nicht bloß mit der Tendenz der Regulirungsgesetzgebung überhaupt, so wie den Motiven des Ablösungsgesetzes vom 2. März 1850, sondern auch mit der sonstigen Ausdrucksweise unserer Gesetze im Einklange. Sie entspricht aber auch vollkommen den Regeln, auf welche der Anhangs § 2 zu § 48 der Einleitung zum A. L. R. den Richter in zweifelhaften Fällen verweist.[39])

Den bisher entwickelten Gründen tritt aber auch noch das Moment zur Seite, daß ohne die Bestimmung des § 287 I. 11. A. L. R. der erste Käufer bei einem unter dem Vorbehalte des besseren Käufers ein-

36) Das Letztere gilt von dem Vorkaufsrechte des § 287. I. 11. A. L. R. Dieser Paragraph hängt unzertrennlich mit dem vorhergehenden § 286 zusammen und steht ebenso mit den nachfolgenden §§ 288, 289 in Verbindung. Dasselbe gilt beispielsweise von dem in § 33 Nr. 2 der Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 erwähnten Vorkaufsrechte für eine bestimmte Person.

37) Vergl. § 295 I. 11 A. L. R.: „Vom Vorkaufs- und Näherrechte wird gehörigen Orts besonders gehandelt (Tit. XX. Abschn. III.)" und die in den Noten 26 — 29 angeführten Stellen.

38) Wollte man die Bestimmung des § 2 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes auch auf das Vorkaufsrecht des § 287 I. 11 A. L. R. beziehen, so würde man damit geradezu gegen die im A. L. R. übliche Ausdrucksweise verstoßen und sich einer Extensiv-Interpretation des § 2 Nr. 6 a. a. O. schuldig machen. Eine solche aber kann nach der Natur des Ablösungsgesetzes nicht Platz greifen, wenn man auch nicht gerade eine restriktive Interpretation desselben als geboten annehmen will. Vergl. die Gründe des Plenarbeschlusses vom 5. März 1860 in den Entscheidungen Bd. 42 S. 5 und 12, und im Just.-Min.-Bl. von 1860 S. 162 ff.

39) Savigny a. a. O. Bd. 1 S. 223, 226 bei Note c. und d. S. 228.

gegangenen Kaufe dem Verkäufer gegenüber völlig schutzlos dastehen würde.[40]) Hängt es doch nach § 279 ebendas. „lediglich von der Beurtheilung und Bestimmung des Verkäufers ab," wen er für einen besseren Käufer achten wolle;[41]) der Verkäufer ist hierbei nur dadurch beschränkt, daß das Geschäft, auf dessen Grund der erste Käufer einem anderen weichen soll, ein wirkliches Kaufs- und kein anderes oder vermischtes Geschäft sei.[42]) Der Verkäufer würde hiernach, wenn ihn sein eigenes Vermögensinteresse nicht abhielte — und solche Fälle sind sehr wohl denkbar, — Jemand als besseren Käufer anerkennen dürfen, der in Wirklichkeit weniger vortheilhafte Bedingungen geboten hätte, als der erste Käufer. Dieser gesetzlich sanktionirten Willkür des Verkäufers hält nur das Vorkaufsrecht des ersten Käufers die Wagschale; es stellt die Kontrahenten einander so gegenüber, daß sich niemals der eine über die Unbilligkeit des anderen beklagen kann.[43]) Doch würde der letztangegebene Grund allein, selbst wenn er mit der Absicht des Gesetzgebers in Verbindung gebracht würde, zur Rechtfertigung der hier vertretenen Ansicht nicht ausreichen.[44]) Wäre nämlich auch dem ersten

---

40) Koch, Kommentar zum A. L. R. zu I. 11. § 279 Anm. 97 der 3. Ausgabe. Vergl. unten Note 44.

41) Nach Röm. Recht konnte darüber zwischen den Contrahenten gestritten werden. l. 14 pr. und § 5 D. de in diem addictione (18, 2); l. 4. § 6. l. 5 ibid. Vergl. Koch, Kommentar zum A. L. R. zu I. 11. § 279 Anm. 79 (3. Aufl.), und dessen Recht der Forderungen, Bd. 3 § 379 Note 4 und 5, 1. Aufl. S. 906, 2. Aufl. S. 1101. Vergl. ferner Holzschuher, Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, Bd. 3. 2. Aufl. (1858) S. 756 litt. a.

42) A. L. R. I. 11. § 283.

43) Vergl. die Gesetzesrevisoren in Pensum XIV. (1831) S. 51. Schon im R. R. war daher das Vorkaufsrecht des ersten Käufers ein naturale der in diem addictio, d. h. also, es war mit der Existenz der in diem addictio von selbst und ohne besondere Willenserklärung gegeben, es war aber gleichwohl in das Belieben der Kontrahenten gesetzt, das Vorkaufsrecht auszuschließen, ohne daß dadurch die Existenz der in diem addictio irgend wie beeinträchtigt wurde. Mit andern Worten: auch nach R. R. war das Vorkaufsrecht des ersten Käufers ein gesetzliches. Vergl. l. 7. 8. D. l. c.; l. 9. D. ibid.: — Quid tamen, si hoc erat nominatim actum, ut liceret resilire emtori meliore conditione allata? Vergl. Voet, Comment. ad Pand. II. 14 Nr. 5; Noodt, Comment. ad Dig. lib. 18 tit. 2 (edit. ai 1732. fol. tom. II pag. 312, Absatz 5); Glück, Pandekten-Commentar, Bd. 4 S. 216—218; Puchta, Pand. § 58. Vergl. auch Donellus, Comment. lib. XVI. cap. 18 de in diem addict. in dem Absatz: Quarta conditio etc. (Ausgabe von 1595. fol. Bd. 3 S. 709.)

44) Das Gegentheil scheint Koch anzunehmen. Er sagt in seinem Kommentar (3. Ausgabe), zu § 287 I. 11 A. L. R. in Anm. 100:

Käufer dieses Vorkaufsrecht nicht gegeben, so würde damit das Eintreten eines besseren Käufers immer noch nicht in eine „ganz unbestimmte Willkür" des Verpflichteten gesetzt sein.[45]) Man könnte daher auch nicht sagen, daß die Bestimmung oder Erfüllung des bedingt eingegangenen Kaufvertrages der Willkür des Verkäufers „lediglich" überlassen sei.[46]) Immerhin aber bleibt auch dieses Argument ein solches,

---

„Das Gesetz vom 2. März 1850 § 2 Nr. 6 und § 4 hat das gesetzliche Vorkaufsrecht aufgehoben. Doch kann davon dieser Fall nicht betroffen worden sein. Denn das hier dem Käufer gegebene Eintrittsrecht gehört zur schließlichen Erledigung des Nebenvertrages und es würde, bei der gemachten Bestimmung des § 279, ein Riß in den Zusammenhang des landrechtlichen Systems kommen, wenn man die Bestimmung dieses § 287, ohne den § 279 zu ändern, aufheben wollte. S. oben die Anm. 97 zu § 279. Eine solche Zerstörung kann nicht beabsichtigt worden sein."

In der Note 97, deren Koch in der eben angegebenen Note 100 denkt, bemerkt derselbe zu § 279 des Titels: „Ein Schutzmittel gegen die Willkür des Verkäufers giebt der § 287 dem Käufer."

Die „Absicht" kann jedoch nicht entscheiden. Dies ist bereits oben ausgeführt. Zur „schließlichen Erledigung des Nebenvertrages" gehört aber das hier dem ersten Käufer gegebene Eintrittsrecht eben nur, wenn der § 287 a. a. O. noch besteht. Ist doch, wie schon erwähnt (Note 43), das Vorkaufsrecht des ersten Käufers kein solcher Bestandtheil der in diem addictio, der davon nicht getrennt werden könnte, ohne den Begriff dieses Nebenvertrages aufzuheben. Vergl. die Entscheidungen Bd. 33 S. 298. Das Oesterreichische Gesetzbuch kennt z. B. ein solches Vorkaufsrecht nicht und doch hat es in § 1085 eine gleiche Bestimmung, wie unser § 279 I. 11 A. L. R. Vergl. Koch, Recht der Forderungen, Bd. 3 § 879 Note 7 und 5. — Am Wenigsten kann darauf Gewicht gelegt werden, „daß durch die Aufhebung des § 287 a. a. O., ohne den § 279 ebendas. zu ändern, ein Riß in den Zusammenhang des landrechtlichen Systems kommen würde." Denn damit wäre jede Abänderung einer gesetzlichen Bestimmung von vornherein ausgeschlossen. Hinsichtlich des § 279 endlich ist das Nöthige bereits bemerkt.

Gleichwohl bleibt auch hier dem Nestor unserer preußischrechtlichen Literatur das Verdienst, das Richtige, daß nämlich das im § 287 dem ersten Käufer gegebene Vorkaufsrecht in Ansehung von Immobilien durch die Vorschriften des Ablösungsgesetzes nicht aufgehoben sei, sofort mit gewohntem scharfem Blick erkannt zu haben.

45) Vergl. A. L. R. I. 4. § 108.

46) A. L. R. I. 5 § 71: „Verträge, .... deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkür des Verpflichteten lediglich überlassen ist, sind unverbindlich." Vergl. hierzu Koch's Kommentar zum A. L. R. Anm. 63 (3. Aufl.) und die Entscheidungen, Bd. 11 S. 173. Für das R. R. sind hier zu bemerken l. 108 § 1 D. de V. O. (45, 1); l. 17 D. eod.; ferner Puchta, Pand. § 220 Note n. und Sintenis, das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 2 § 83

welches den inneren Werth[47]) des gewonnenen Resultates veranschaulicht.[48])

Anm. 42 und 65, der 1. Aufl. (1847) S. 27, 33—35. Die zweite Auflage des letztgedachten trefflichen Buchs ist mir augenblicklich nicht zur Hand.

47) Daß „der innere Werth" nur in den engsten Grenzen für die Auslegung eines zweifelhaften Gesetzes benutzt werden dürfe, darüber vergl. Savigny a. a. O. S. 225.

48) Nachdem ich den vorstehenden Aufsatz niedergeschrieben, begegne ich im 3. Bde. der Zeitschr. für Landeskulturgesetzgebung S. 291—307 einer Abhandlung zu § 3 Nr. 6 des Ablösungsgesetzes, wonach unter dem dort gebrauchten Ausdrucke „Leistungen" auch Jagdabgaben zu verstehen sind. Diese Abhandlung selbst steht zu unserer Frage in keinerlei Zusammenhange. Ich kann jedoch nicht unterlassen, an dieser Stelle alle diejenigen, welche Veranlassung haben, sich mit irgend einer Bestimmung des Ablösungsgesetzes eingehender zu befassen, auf jene musterhafte Abhandlung zu verweisen.

# Rechtsfälle.

## Nr. 1.

I. **Gemeinschaftliche Testamente der Eheleute, in denen sich dieselben nicht zu Erben berufen haben, sind nach A. L. R. nichtig.**

II. **Das A. L. R. gestattet den Eheleuten nicht bloß die Errichtung correspectiver, sondern auch reciproker Testamente.**

III. **Das** testamentum simultaneum **im Gegensatz zu dem** reciprocum **und** correspectivum **ist nach L. R. überhaupt verboten.**

IV. **Dadurch, daß Eheleute in einem gemeinschaftlichen Testamente über ihren beiderseitigen Nachlaß verfügt haben, geht das Recht des Ueberlebenden, über sein Vermögen** inter vivos **nach Belieben zu disponiren, keineswegs verloren.**

V. **Der Vermögensüberlassungsvertrag ist eine** dispositio inter vivos, **nicht** mortis causa.

### Beurtheilende Darstellung eines Rechtsfalls

von

dem Rechtsanwalt Derckmann in Warstein.

---

Die Eheleute Adrian H. und Magdalena, geb. G. erklärten unter dem 16. August 1848 gemeinschaftlich ein Testament zum gerichtlichen Protocoll, in welchem sie unter Andern nachstehende Bestimmungen trafen:

§ 1. „Wir Eheleute Adrian H. und Magdalena geb. G. ernennen hiermit unsere Kinder August, Heinrich, Maria und Sophia zu unsern Erben.

§ 2. Wir bestimmen hierbei, daß unser gesammter beiderseitiger Nachlaß, solcher bestehe, worin er wolle, unsern beiden Söhnen August und Heinrich zu gleichen Theilen zufallen soll, wofür dieselben 1150 Thlr. zur Masse conferiren müssen. Aus dieser Summe werden zuerst unsere Schulden bezahlt und der Ueberrest unter unsere Kinder in 4 Stämme vertheilt.

§ 4. Der Letztlebende von uns behält den Abnutzen des gesammten Nachlasses des zuerst Verstorbenen."

Der Ehemann verstarb zuerst. Acht Jahre nach dessen Tode und zwar unter dem 12. März 1857 schloß die Wittwe H., ohne in jenem Zeitraum die ihr in dem Testamente gemachten Zuwendungen ausge-

schlagen zu haben, mit ihrem Sohne August einen notariellen Uebertragsvertrag. Eingangs dieses Contractes erklärt dieselbe wörtlich folgendes:

„In Gemeinschaft mit meinem nun verstorbenen Ehemanne Adrian H. habe ich unterm 16. September 1848 ein Testament errichtet, worin wir unsere darin genannten Kinder unter den im Testamente näher angegebenen Bestimmungen zu Erben eingesetzt und dem Letztlebenden von uns den Abnutzen vom gesammten Nachlasse vorbehalten haben. Von diesem Testamente, welches übrigens nach seinem Inhalte kein wechselseitiges Testament ist, will ich abgehen, den Abnutzen vom Nachlasse meines verstorbenen Ehemannes nicht beanspruchen und meinen Kindern und Enkeln überlassen, sich in den Nachlaß meines verstorbenen Ehemannes zu theilen und darüber zu verfügen wie sie für gut finden möchten. Dieses werde ich denselben mittheilen."

Sodann überträgt die Wittwe H. ihrem Sohne August gegen verschiedene in dem Contracte näher bezeichnete Gegenleistungen die ideelle Hälfte der mit ihrem Ehemanne während der Ehe erworbenen Immobilien, so wie unter Ausschluß einiger Gegenstände ihr gesammtes Mobiliarvermögen zu vollem Eigenthume. Kurze Zeit nach Errichtung dieses Vertrages ging auch die Wittwe mit Tode ab. In dem hierauf von Vormundschaftswegen über das hinterlassene Vermögen der Eheleute Adrian H. eingeleiteten Nachlaßregulirungs-Verfahren fochten die Geschwister Heinrich, Maria und Sophia H. die Rechtsbeständigkeit des zwischen ihrem Bruder August und der Wittwe H. abgeschlossenen Uebertrags-Vertrages an, sich darauf stützend, daß die Wittwe H., weil sie über ihren Nachlaß bereits durch Testament disponirt und die Erbschaft aus diesem Testamente angetreten habe, nicht befugt gewesen sei, von den Bestimmungen desselben abzugehen und anderweit über ihr Vermögen zu verfügen. Die Provocanten beantragten demgemäß: „den Vertrag vom 12. März 1857 ihnen gegenüber als rechtsunverbindlich zu annuliren und das elterliche Testament vom 16. August 1848 dagegen aufrecht zu erhalten. Der Provocat August H. bat um Abweisung der Klage. Bei dieser Sachlage erkannte das Königliche Kreisgericht zu Olpe unter dem 20. December 1859 dahin für Recht, „daß das elterliche Testament de dato 16. August 1848 aufrecht zu erhalten, dagegen der Vertrag zwischen der Wittwe Adrian H. und dem Provocaten den Provocanten gegenüber für null und nichtig zu erklären." In den Entscheidungsgründen geht der erste Richter davon aus, daß das in Frage stehende Testament als ein wechselseitiges zu betrachten, da nach der gemeinrechtlichen Theorie ein solches schon dann vorliege, wenn dem Ueberlebenden bloß ein Vermächtniß, also wie hier das Nießbrauchsrecht an dem Nachlasse des Verstorbenen zugewandt worden. Sodann beantwortet er die Frage, ob und inwieweit der überlebende Ehegatte durch

den Antritt der Erbschaft zu der gemeinschaftlichen Willensverordnung unwiderruflich verpflichtet werde, im Hinblick darauf, daß diese Frage im gemeinen Recht sehr controvers behandelt sei, in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des A. L. R. Th. II Tit. 1 § 490—494 für die Voraussetzungen des concreten Falles dahin, daß der Ueberlebende nach Annahme der Erbschaft auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen könne, sofern erhelle, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen vermacht habe. Letzteres sei aber bei denjenigen Verfügungen zu vermuthen, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder gemacht seien. Demgemäß sei — so argumentirt der Richter erster Instanz weiter — die Wittwe H., da sie die in dem Testamente für sie festgesetzte Zuwendung in der gesetzlichen Deliberationsfrist nicht ausgeschlagen und sonach stillschweigend angenommen habe, an die Dispositionen des Testamentes gebunden und müsse der Uebertragscontract, weil er mit jenen in Widerspruch stehe, für ungültig erachtet werden. Die Berufung darauf, daß die Provocanten den Contract auch aus dem Grunde anerkennen müßten, weil *sie als* Erben der Wittwe H. deren Facta zu prästiren hätten, weist der *erste* Richter mit dem Satze zurück: „quod ab initio invalidum, tractu temporis convalescere nequit.“

Gegen dieses Erkenntniß hat der Provocat die Appellation eingelegt. Das Appellationsgericht zu Arnsberg hat dasselbe unter dem 28. April 1860 bestätigt und führt zur Motivirung der getroffenen Entscheidung folgende Gründe an:

Das Testament der Eheleute Adrian H. sei für ein testamentum correspectivum zu erachten. Es stehe dieses sowohl mit der hier maßgebenden Definition des A. L. R. I. 12 § 614, als auch mit denen des gemeinen Rechtes im Einklange.

cf. Mittermaier, Privatr. § 410.
Thibaut, Pandekten (Ausg. 5) § 804.
Sommer's Archiv, Bd. 6 S. 80.
Böttger, Diss. de natura et indole testamenti correspectivi.
Weiske, Rechtslexicon Bd. 10 S. 891.

Obgleich die Absicht der Testirenden, ein solch correspectives Testament errichten zu wollen, häufig und wol meistens ausdrücklich erklärt werde, so sei dieses doch nicht schlechthin nothwendig. Es genüge vielmehr, wenn solche Absicht aus den Umständen deutlich erhelle. Dieses nehme Thibaut am angeführten Orte bei wechselseitigen Testamenten der Ehegatten als Regel an, und müsse gemeinrechtlich gewiß alsdann

angenommen werden, wenn die wechselseitige Disposition nicht bloß zum Besten des Ueberlebenden, sondern auch zum Besten der gemeinschaftlichen Verwandten abziele, an welche nach dem Tode des Letztlebenden der ganze Nachlaß kommen solle. Wenn auch die §§ 492 und 493 Tit. 1 Th. II A. L. R. wegen der im § 4 des Publications-Patentes vom 21. Juni 1825 ausgesprochenen Suspension der drei ersten Titel Th. II A. L. R. nicht zur Anwendung kämen, so sei doch die darin hervorgehobene Vermuthung auch nach gemeinem Rechte begründet. Aus der Fassung des Testamentes erhelle deutlich, daß die gegenseitige Aussetzung des Nießbrauchs nur mit Rücksicht auf die Erbeseinsetzung der gemeinschaftlichen Kinder geschehen sei. Eine andere Absicht könne derselben nicht zu Grunde liegen. Erben des gesammten beiderseitigen Nachlasses sollten die gemeinschaftlichen Kinder sein. Der dem Ueberlebenden vermachte Nießbrauch an dem Nachlasse des zuerst Versterbenden erscheine gewissermaßen als ein Aequivalent für die demnächstige Ueberlassung auch des eignen Vermögens des Ueberlebenden an die Verwandten des Verstorbenen.

Wenn Appellant aus dem Umstande, daß die Wittwe H. nicht ausdrücklich „Erbin" genannt sei, dem Testamente die Natur eines wechselseitigen, correspectiven wegzudociren suche, so entbehre dieses jeden Grundes. Es erscheine hier der Ueberlebende, insofern er, was nach der Absicht der Testatoren angenommen werden müsse, zum Nachfolger in den Inbegriff des Nachlasses berufen sei und ihm der Nießbrauch als sein Erbtheil angewiesen worden, als heres in re singulari. Daß er ausdrücklich „Erbe" genannt werde, sei nicht unbedingtes Erforderniß.

cf. Arndts, Pandekten § 500 und
Sommer's Archiv Bd. 6 S. 86, auch
Striethorst's Rechtsgrundsätze Bd. 1. S. 106.

Der Character eines „wechselseitigen" könne dem vorliegenden Testamente durch die einseitige nach dem Tode ihres Ehemannes abgegebene Erklärung der Wittwe H., „daß das Testament seinem Inhalte nach kein wechselseitiges sei," nicht abgesprochen werden, weil sie, wie weiter unten gezeigt werden solle, über den Gegenstand ihrer Erklärung — das Testament — keine Verfügung mehr gehabt habe, mithin ihre Willenserklärung darüber in Gemäßheit § 2 Tit. 4 Th. I A. L. R. ohne rechtliche Wirkung geblieben sei. Sei nun nach dem bisher Gesagten das Testament der Eheleute H. für ein wechselseitiges zu erachten, so komme weiter die Frage in Betracht, inwiefern der überlebende Ehegatte einseitig von dem wechselseitigen Testamente wieder abzugehen befugt? Von den verschiedenen hier einschlägigen Meinungen der gemeinrechtlichen Juristen

nun verdiene diejenige den Vorzug, welche dem Ueberlebenden nach einmal erfolgtem Antritt der Erbschaft den Widerruf des Testamentes, so wie jede fernere Dispositionen mortis causa verbiete.

cf. Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar Bd. 38 S. 237 sq. 241.
Mittermaier, Privatrecht (Ausg. 3) § 410.
Hellfeld, jurispr. for. § 1428.
Sommer's Archiv Bd. 2 S. 243.

Es spreche für diese Meinung einestheils der Umstand, daß sie von den meisten Juristen des gemeinen Rechtes adoptirt und in die Praxis einzelner Länder so wie in neuere Particulargesetzgebungen übergegangen sei, anderntheils sei sie in der Absicht der Testirenden selbst begründet.

Zu demselben Resultate müsse man gelangen, wenn man hier den dem überlebenden Gatten zugewendeten Nießbrauch als Vermächtniß, als ein Legat, auffassen wollte, da auch in diesem Falle der überlebende Ehegatte durch Annahme des Legates quasi ex contractu zur Erfüllung der Bedingung, unter welcher ihm das Legat hinterlassen worden, — Fortbestehen des Testamentes — verpflichtet sein würde.

Ueber sein eigenes Vermögen verliere der Ueberlebende die Dispositionsbefugniß unter Lebenden, sofern solche Dispositionen nicht geradezu auf die Umgehung des Testamentes gerichtet seien, nicht.

cf. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 243 u. Weiske a. a. O. S. 905.

In dem in Frage stehenden Testamente hätten sogar die testirenden Eheleute im § 4 ausdrücklich angeordnet, daß der Ueberlebende nur hinsichtlich des Nachlasses des zuerst Versterbenden Nießbraucher sein, den Abnutzen haben solle.

Vorliegend nun handele es sich weder um einen eigentlichen Widerruf des gemeinschaftlichen Testamentes, noch um eine anderweite letztwillige Verfügung, sondern um die Frage der Ungültigkeit eines Vertrages unter Lebenden.

Wenn die überlebende Wittwe in dem Vertrage erklärt, daß sie vom Testamente abgehen wolle, so habe sie dadurch keinen eigentlichen Widerruf ihres Testamentes bezweckt, sondern nur sagen wollen, daß sie die im Testamente getroffenen Anordnungen im Erfolge unwirksam machen wolle. Eben diese ihre eigene Erklärung ergebe aber zugleich unzweifelhaft, daß es bei dem Vertrage auf eine Umgehung des Testamentes abgesehen gewesen. Da nun derartige Dispositionen unter Lebenden, wie erwähnt, wenigstens gemeinrechtlich nicht zulässig seien, so sei der Vertrag ungültig. Daß die Provocanten in Folge des Testamentes Erben ihrer Mutter geworden, hindere die Anfechtung des

Vertrages nicht; vielmehr seien dieselben eben auf Grund dieses Testamentes zur Anfechtung des Vertrages befugt.

So weit die Gründe des Appellationsrichters.

Mit den vorstehend mitgetheilten Entscheidungen können wir uns nicht einverstanden erklären, vielmehr mußte unseres Erachtens die Klage abgewiesen werden.

I. Die Rechtsbeständigkeit des Uebertragscontractes hängt von der Entscheidung der Vorfrage ab: ob und in wie weit die Dispositionsbefugniß der Wittwe über ihr eignes Vermögen durch das in Gemeinschaft mit ihrem Manne gethätigte Testament beschränkt worden ist. Diese Frage muß principaliter dahin beantwortet werden, daß das Testament auf die Dispositionsbefugniß der Wittwe ohne allen Einfluß geblieben ist und zwar deswegen, weil sich dasselbe formell als nichtig darstellt. Nichtig ist es aber aus dem Grunde, weil es in die privilegirte Form eines wechselseitigen Testamentes gebracht worden ist, ohne ein solches zu sein.

Die hier relevirenden Bestimmungen des Testamentes sind in den oben abgedruckten §§ 1, 2 und 4 enthalten.

Characterisiren diese Bestimmungen das Testament als ein wechselseitiges im Sinne des A. L. R.?

Der § 614 A. L. R. I Tit. 12 gibt den Begriff eines wechselseitigen Testamentes so:

> „Wechselseitige Testamente, wodurch einer den andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung zu seinem Erben ernennt, können nur unter Eheleuten errichtet werden."

Diese Bestimmung wird in § 482 A. L. R. II Tit. 1 in veränderter Version wiederholt:

> „Nur Eheleuten ist es erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten."

Zugleich wird in letzterem Paragraph auf den vorhin citirten Bezug genommen. Sodann verordnet der § 483 ibidem:

> „Um Betrug und Ueberlistung zu vermeiden, sollen nur solche Testamente als wechselseitige gelten, welche in einem Instrumente errichtet worden."

Nach § 3 Th. I. 12 des A. L. R. ist nun ferner als Testament „jede einseitige Willenserklärung anzusehen, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird." Endlich bestimmt der § 4 l. c.:

> „Jede Erklärung eines Testators, woraus erhellt, daß er nach dem Tode den Inbegriff seines Nachlasses einer oder mehreren Personen zuwenden wolle, ist für eine Erbeseinsetzung zu erachten,"

und heißt es im Einklange hiermit im Register:

> „Erbe ist der, welchem die ganze Erbschaft oder ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil (pars quota) gebührt."

Faßt man diese Gesetzesstellen im Zusammenhange auf, so gelangt man zu dem Resultate, daß das A. L. R. ein wechselseitiges Testament nur dann als vorhanden annimmt, wenn sich die Testatoren gegenseitig ihren gesammten Nachlaß oder doch einen aliquoten Theil desselben zugewandt haben. Dieser sich auf den Wortlaut der Gesetze stützenden Meinung tritt vornehmlich Sommer, welchem sich die Gerichte beider Instanzen angeschlossen, in der im Neuen Archiv Bd. II S. 233 f. abgedruckten Abhandlung entgegen. Derselbe stellt ungeachtet der Klarheit der oben angeführten Vorschriften den Satz auf, daß das A. L. R. in der Lehre der gemeinschaftlichen Testamente der gemeinrechtlichen, hauptsächlich von Harpprecht und Kannegießer vertretenen Theorie bis auf die eine Abweichung gefolgt sei, daß die juristische Möglichkeit, ein gemeinschaftliches Testament mit wechselseitiger Erbeseinsetzung zu errichten, bloß auf Eheleute beschränkt worden.

Das gemeine Recht hat in jener Lehre ungemein viel Schwankendes und Ungewisses, was sich daraus erklärt, daß das Institut der gemeinschaftlichen Testamente, da es den Rechtsquellen fast an allen positiven Bestimmungen darüber fehlt, ein reines Gebilde der Praxis ist.*)

Die Schule theilt gewöhnlich die gemeinschaftlichen Testamente in testamenta simultanea, reciproca und correspectiva ein. In der Begriffsbestimmung dieser einzelnen Arten herrscht unter den Juristen Streit. Die Einen, wie Mittermaier und Maurenbrecher legen bei jener Eintheilung ein Hauptgewicht auf die Erbeseinsetzung. Nach ihnen ist ein von Mehreren in einer Urkunde errichtetes Testament ein reciprocum, wenn sich die Testatoren einander schlechthin zu Erben einsetzen, und ein correspectivum dann, wenn bei der gegenseitigen Erbeseinsetzung die Gültigkeit der einen von der Gültigkeit der andern abhängig gemacht wird, oder wie es bei Mittermaier in seinen Grundsätzen des gemeinen Privatrechts S. 410 wörtlich heißt: „wenn eine jede der von den zwei Testatoren geschehenen Erbeseinsetzungen bloß um der von dem Andern gemachten Erbeseinsetzung wegen geschehen ist.“ Wo dieses Requisit der wechselseitigen Erbeseinsetzung fehlt, heißt das testamentum ein simultaneum.

Andere gemeinrechtliche Juristen definiren mit Harpprecht das testamentum reciprocum als ein solches:

*) Die wol zum Gegenbeweis allegirte Stelle l. 70. 71. D. de hered. instit. (28, 5) handelt gar nicht von gemeinschaftlichen Testamenten. Nur die l. 19 Cod. II 3 gibt den Soldaten das Privileginm, gemeinschaftlich zu testiren.

„quo duo simul testantes vel se ipsos invicem universali aut particulari titulo honorant, vel cognatis utriusque aut alterutrius, post obitum ultime morituri benigne provident.“

Sie nennen ferner correspectivum dasjenige Testament:

„quod a duobus vel pluribus, sive eodem actu, sive separatim eo modo conficitur, ut vel ex verbis expressis, vel valde urgentibus circumstantiis appareat, quod altera pars de suis bonis ita non disposuisset, nisi altera quoque de suis facultatibus ordinatam facultatem immutatam reliquerit.“

Mit der letzteren Definition stimmt auch Böttger in seiner Diss. de natura et indole testamenti correspectivi, Marburgi 1793 überein, wo es heißt:

„testamentum correspectivum liegt vor, wenn jeder Testator die Gültigkeit seiner Disposition ausdrücklich oder implicite davon abhängig gemacht hat, daß der andere die seinige nicht ändere.“

Nach der Meinung dieser Juristen würde dann endlich ein testamentum simultaneum diejenige von Mehreren in einem Acte ausgesprochene letztwillige Disposition sein, in welcher die Testatoren ganz unabhängig von einander über ihren Nachlaß verfügen. Aus den zuletzt hervorgehobenen Begriffsbestimmungen springt als charakteristischer Gegensatz zu den erstern in die Augen, daß es bei jenen auf das Moment der Erbeseinsetzung gar nicht ankommt, so daß es also z. B. bei dem testamentum correspectivum gleichgültig ist, ob die Aufrechterhaltung dieser oder eines Legates als conditio sine qua non der Fortexistenz der Dispositionen hingestellt worden ist.

Sommer ist der Theorie Harpprecht's beigetreten und behauptet, wie bereits vorhin bemerkt, daß dieselbe auch in das A. L. R. Eingang gefunden habe. Die für letztere Behauptung angeführten Gründe sind jedoch keineswegs stichhaltig. Zuvörderst heißt es unseres Erachtens der Interpretation Gewalt anthun, wenn jener Schriftsteller die in dem Relativsatz des § 614. I. 12 enthaltene Legaldefinition als eine nur beiläufig hingeworfene Bemerkung bezeichnet und deshalb als bedeutungslos über Bord wirft, während doch dieser Paragraph nicht etwa in den 12. Titel von ungefähr hineingeschneit ist, sondern dort seinen richtigen Platz im System hat und der gleichfalls in sede materiae befindliche § 482. II. 2 ausdrücklich auf denselben Bezug nimmt und somit sich jene Definition zu eigen macht, während ferner die letztere nicht etwa in der Luft schwebt, sondern, wie wir gesehen, mit der Auffassung mehrerer gemeinrechtlichen Autoren im Einklange ist. — Wenn sich weiterhin Dr. Sommer zur Unterstützung seiner Meinung auf die Aeußerung von Suarez in dessen Schlußvorträgen beruft, daß die über die wechsel-

seitigen Testamente getroffenen Bestimmungen mit der wirklichen Praxis übereinstimmen und nur das als eine Abweichung vom gemeinen Recht erscheine, daß bloß Eheleuten testamenta reciproca gestattet worden, — so ist das aus dieser Aeußerung entnommene Argument von um so zweifelhafterem Werthe, als Sommer in der allegirten Abhandlung selber constatirt, daß die gemeinrechtlichen Autoritäten in der Begriffsbestimmung des wechselseitigen Testamentes sehr weit auseinandergegangen seien, und als auch nicht feststeht, welche Praxis gerade den Verfassern des A. L. R. bei der Redaction jener Bestimmungen vor Augen geschwebt habe. — Mit anscheinend besserem Grunde läßt sich für die Sommersche von dem Kreisgerichte zu Olpe adoptirte Meinung anführen, daß es der gewöhnliche Sprachgebrauch mit den Worten „Erbe" und „Erbeseinsetzung" nicht so genau nehme, indem danach Erbe, heres in re singulari, auch derjenige heiße, welchem bloß ein Legat vermacht worden; daß es demgemäß erlaubt sei, jene in dem § 614. I. 12 vorkommenden Ausdrücke in diesem umfassenden, wenngleich fehlerhaften Sinne auszulegen, zumal die Redactoren des Landrechts, wie der § 267 l. c. ergebe, die Bezeichnungen „Erbe" und „Legatar" selber äquiparirten. Allein, mag man es dem Laien hingehen lassen, wenn er diese Bezeichnungen hin und wieder als gleichbedeutend confundirt, — für den Gesetzgeber würde bei der so tief greifenden und folgenschweren Verschiedenheit der zum Grunde liegenden Begriffe eine solche zu den mannichfachsten Zweifeln inducirende Incorrectheit oder vielmehr Fehlerhaftigkeit im Ausdruck vollends unverzeihlich sein, namentlich, wenn man berücksichtigt, daß er den Begriff „Erbeseinsetzung" im § 4 l. c. mit klaren Worten definirt hat und er somit bei synonymem Gebrauche der Benennungen „Erbe" und „Legatar," „Erbeseinsetzung" und „Vermächtniß" der von ihm selber aufgestellten Terminologie ins Gesicht schlagen würde. Ueberdies erscheint die Berufung auf den § 267 l. c. zum Beweise dafür, daß die Verfasser des L. R. die erwähnten Begriffe nicht überall strenge auseinandergehalten hätten, als eine gänzlich verfehlte. Dieser Paragraph, welcher dahin lautet:

> „Erben, die bloß als Legatarii zu betrachten sind (§ 263), bleiben von der Theilnehmung an einem solchen Anfalle ausgeschlossen,"

steht in der engsten Verbindung zu dem § 263 und dieser wiederum mit den beiden §§ 256 und 257 l. c.

> § 263. Ebenso wird derjenige, welchem nur eine bestimmte Sache oder Summe im Testamente zu seinem Erbtheile ausdrücklich angewiesen worden, im Verhältniß gegen die übrigen Erben als Legatarius betrachtet.

> § 256. Hat aber der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines

Nachlasses verordnet, so gelangt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben, und diesen fällt alles zum Nachlasse gehörende, so weit darüber nicht verfügt ist, anheim.

§ 257. Es ändert darunter Nichts, wenn auch der Testator diejenigen, welchen er dergleichen bestimmte Theile, Stücke oder Summen zugewendet, Erben genannt hat.

Indem die letzteren Paragraphen verordnen, daß diejenigen, welche mit gewissen Stücken, Summen oder Antheilen (pars quanta) des Nachlasses honorirt werden, trotzdem sie von dem Testator als Erben bezeichnet worden — wie solches, beiläufig bemerkt, in concreto in Ansehung der in § 2 des Testamentes mit Summen abgefundenen Kinder der Fall ist, — nur als Legatarien betrachtet werden sollen, — characterisiren sie die Verwechselung der Ausdrücke „Erbe“ und „Legatar“ als eine fehlerhafte und arbeiten den daraus etwa herzuleitenden Consequenzen entgegen. Ganz die nämliche Tendenz verfolgt der § 267 und würde derselbe, wenn man dessen Zusammengehörigkeit mit den übrigen Paragraphen deutlicher machen wollte, etwa so anheben: „Die von dem Testator fälschlich als Erben bezeichneten Legatarien ꝛc. ꝛc.“

Aus diesen Gesetzesstellen erhellt daher, daß die Verfasser des L. R. den falschen Gebrauch des Wortes „Erbe“ zwar gekannt, daß ihnen aber auch die damit verbundenen Gefahren klar vor Augen geschwebt haben. Jene Stellen reden deshalb im Gegentheil der Annahme das Wort, daß die Redactoren die ihnen bekannten Klippen gemieden haben und mithin die in § 614 l. c. gebrauchten Ausdrücke: „Erbe“ und „Erbeseinsetzung“ in dem streng technischen Verstande des § 4 ibidem aufgefaßt werden müssen.

Nach alledem ist wohl nicht mehr zu bezweifeln, daß es nach A. L. R. bei Entscheidung der Frage, ob ein Testament ein wechselseitiges ist, auf die Wechselseitigkeit der Erbeseinsetzungen ankommt. Nur darüber läßt der § 614 Tit. 12 Th. I noch Zweifel aufkommen, ob die in demselben gebrauchten Worte „in Rücksicht“ bloß auf reciproce Testamente oder bloß auf correspective oder endlich auf beide zusammen gehen. Koch in der Note 94 zu dem allegirten Paragraph entscheidet sich für die erste Annahme, sich darauf beziehend, daß Suarez selbst die dort erwähnten wechselseitigen Testamente reciproce nenne; Evelt dagegen (Archiv Bd. VI S. 86) meint, daß das L. R. nur correspective Testamente im Auge habe. Die Annahme beider dürfte indeß unrichtig, vielmehr sowohl die reciprocen, wie die correspectiven Testamente unter den § 614 zu subsumiren sein. Denn einerseits paßt die Fassung dieses Paragraphen auf beide Arten, andererseits disponirt der § 492 Th. II Tit. 1:

§ 492. Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an, so kann er auch von seinen eignen Verordnungen nicht wieder abgehen, in so fern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellt, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe.

Diese Gesetzesstelle kann der Annahme Koch's entgegen nur von correspectiven Testamenten verstanden werden; gleichzeitig widerlegt dieselbe aber auch die Evelt'sche Ansicht, indem daraus offenbar e contrario hervorgeht, daß das L. R. auch noch andere wechselseitige Testamente kennt, als correspective.

Die Frage, ob sich das Testament der Eheleute H. nach dem § 614 Tit. 12 Th. I A. L. R. als ein wechselseitiges darstelle, mußte daher unseres Ermessens aus dem Grunde verneint werden, weil sich in demselben die Testatoren nicht zu Erben berufen, vielmehr nur mit dem Vermächtniß des jus abutendi bedacht haben.

Nur wechselseitige Testamente dürfen aber nach Vorschrift des allgemeinen Landrechts in einer Urkunde errichtet werden. Sommer ist auch hier wieder anderer Meinung. Nach ihm enthält auch der § 614 l. c. nur für andere, als Eheleute das Verbot, solche wechselseitige Testamente zu errichten, wodurch einer den andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung zu seinem Erben ernennt. Hieraus zieht dieser Jurist e contrario den Schluß, daß andern, als Eheleuten und diesen selbst, die gemeinschaftliche Errichtung von Testamenten, in welchen keine wechselseitige Erbeseinsetzung enthalten, erlaubt sei. Zwar ist nirgendwo die Testamentserrichtung Seitens Mehrerer in einem Acte ausdrücklich verboten, allein ebensowenig ist dieselbe ausdrücklich gestattet, oder auch nur mit einer Silbe erwähnt. Schon aus diesem Umstande läßt sich bei der großen Penibilität der Verfasser des L. R. in den Formbestimmungen der letztwilligen Verfügungen mit Grunde vermuthen, daß jene als Regel vorausgesetzt haben, daß Jeder seinen letzten Willen in einer besondern Urkunde thätige. Letztere Regel ist denn auch, wenngleich nicht expressis verbis, so doch implicite in vielen Stellen ausgesprochen. So heißt es § 66, 100, 101 l. c.: der Aufsatz muß von ihm unterschrieben sein; der Testator muß sein Testament entweder selbst übergeben oder zum Protocoll erklären u. s. w. (Evelt ebend. S. 85).

Dem gegenüber hebt Sommer zur Unterstützung seiner Meinung hervor, daß durch den § 635 l. c., welcher verordnet:

§ 635. Haben beide Theile sich die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutbefinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen."

ganz allgemein die Möglichkeit eröffnet worden, in der Form eines Erbvertrags eine wechselseitige letztwillige Disposition zu errichten und durch

den Vorbehalt der Widerruflichkeit derselben den Charakter eines wechselseitigen Testamentes mit allen Wirkungen zu verleihen. Freilich vermißt man, wenn jener Paragraph in der That das besagt, was Sommer darin findet, die gesetzgeberische Consequenz; allein hieraus würde, wie Evelt Bd. VI des Archivs S. 84 ganz treffend bemerkt, nichts Anderes folgen, als, daß auf dem einen Wege zu erreichen bleibt, was auf dem andern verboten ist. Es ist aber auch nicht einmal richtig, daß die Regel, wonach wechselseitige Testamente nur bei Eheleuten zulässig, durch den § 635 umgangen werden könne; vielmehr steht diese Gesetzesstelle, wenn man dieselbe nicht in ihrer Isolirtheit, sondern in ihrem organischen Verbande zu andren Vorschriften betrachtet, mit dem § 614 l. c. im besten Einklange. Der § 635 hat alsdann zu seiner stillschweigenden Voraussetzung, daß der Erbvertrag seiner innern und äußern Beschaffenheit nach den für die Errichtung von Testamenten gegebenen Bestimmungen entspreche und muß somit, da nur Eheleute in einem Acte testiren dürfen, angenommen werden, daß sich jener Paragraph auch lediglich auf diese bezieht, während in dem Falle, wenn andere Personen, als Eheleute sich den beliebigen Rücktritt vom Erbvertrage vorbehalten, dieser Vorbehalt nicht den Effect hat, den Vertrag in ein Testament zu verwandeln, sondern als nicht geschrieben gilt. — Da nun die Formvorschriften der Testamente zu den absolut zwingenden Gesetzen gehören und außerdem der § 139 Tit. 12 Th. I A. L. R. die Nichtbeachtung der in den §§ 66—138 ibidem aufgestellten Bestimmungen, in welchen die vorhin erwähnte Regel anerkannt ist, mit Nichtigkeit bedroht, so muß das Testament der Eheleute H. für ungültig erachtet werden. Es sind deshalb aus demselben weder für die Wittwe H. Pflichten, noch auch für die Provocanten Rechte erwachsen. Die Letzteren erscheinen daher aus dem Testamente zur Anfechtung des Uebertrages nicht als legitimirt, wovon die Abweisung der Klage eine nothwendige Folge war.

II. Wollte man aber auch der so eben dargelegten Ansicht nicht beipflichten, so hätte unseres Erachtens eventualiter zwar das Testament der Eheleute H. aufrecht erhalten, der Antrag der Provocanten auf Annulirung des Uebertragsvertrages aber nichts destoweniger zurückgewiesen werden müssen. —

Adoptirt man nämlich die Sommersche Meinung, nach welcher es nach dem A. L. R. erlaubt sein soll, auch solche letztwillige Dispositionen Mehrerer in einer Urkunde zusammenzufassen, in denen keine wechselseitige Erbeseinsetzung vorkommt, so steht allerdings die Rechtsbeständigkeit des Testamentes der Eheleute H. von diesem Standpunkte

aus betrachtet, außer allem Zweifel. Denn der Eingangs des notariellen Actes vom 12. März 1857 ausgesprochene Widerruf ist, abgesehen davon, daß derselbe, wie weiter unten zu entwickeln, materiell unzulässig ist, schon aus dem Grunde bedeutungslos, weil er der gehörigen Form entbehrt, indem nach § 587 l. c. eine letztwillige Verfügung nur auf eben die Art widerrufen werden kann, wie dieselbe zu Stande gekommen ist, der Widerruf in casu also zu seiner Gültigkeit die gerichtliche Form erheischte. Dagegen ist die Annahme des Kreisgerichtes, daß der Widerruf mit Effect deswegen nicht mehr habe stattfinden können, weil die Wittwe H. sich innerhalb der Deliberationsfrist über Antritt oder Ausschlagung der Erbschaft nicht erklärt und mithin die letztere angetreten habe, — ein offenbarer Irrthum, da ihr durch das Testament keine Erbschaft, sondern nur ein Legat angetragen worden, die im L. R. § 350 f. I. 9 über die Deliberationsfrist gegebenen Vorschriften aber bloß für den Erben, nicht für den Legatar Geltung haben. —

Würde demnach in zweiter Linie das Testament der Eheleute H. als noch in Kraft bestehend erachtet werden müssen, so fragt sich weiter, ob dasselbe der Gültigkeit des Vertrages präjudicirt. Diese Frage ist zu verneinen. Testament und Vertrag schließen sich in ihrem Rechtsbestande keineswegs aus, sondern bestehen in schönster Eintracht neben einander fort. Zur Motivirung der letztern Sätze bedarf es einer nähern Untersuchung darüber, 1) ob und 2) wie weit der superstes durch die in einem gemeinschaftlichen Testamente enthaltenen Dispositionen gebunden wird. Für diese Erörterung scheint es zweckmäßig, von dem oben angedeuteten Meinungsstreit der gemeinrechtlichen Juristen über den Begriff eines solchen Testamentes ganz abzusehen, indem die Frage nach der rechtsverbindenden Kraft desselben nicht nur für den Fall wechselseitiger Erbeseinsetzung, sondern nicht minder überall da, wo sich die Testatoren bloß mit Legaten oder sonst wie bedacht haben, in den Vordergrund tritt und die leitenden Gesichtspunkte für die Entscheidung hier wie dort die nämlichen sind. Mag man also z. B. das Testament der Eheleute H. mit Mittermaier und Mühlenbruch ein simultaneum nennen, weil sich jene nicht zu Erben berufen haben, oder mag man es mit Harpprecht und andern als ein mutuum hinstellen, da nach dessen Definition das Requisit der wechselseitigen Erbeseinsetzung nicht wesentlich ist, vielmehr eine vice versa geschehene Zuwendung irgend welcher Art genügend erscheint, — die Frage, ob die testamentarischen Verfügungen für die Wittwe verpflichtend sind, ist für diesen wie für jenen Fall nach denselben Normen zu beantworten.

Daß nun zuvörderst ein gemeinschaftliches Testament die Testatoren

so lange nicht verpflichten kann, als noch beide am Leben sind oder der **superstes** die Zuwendungen des **praedefunctus** nicht angenommen hat, darüber ist unter den Juristen kaum Meinungsverschiedenheit, da nach allgemeinen Regeln einerseits Testamente im Gegensatze zu Erbverträgen bis zum Tode des Erblassers widerruflich bleiben, andererseits die testamentarischen Verfügungen für den Honorirten erst mit der Acceptation der Zuwendungen rechtsverbindliche Existenz erlangen. Nur diejenigen Juristen sind anderer Meinung, welche für die wechselseitigen Testamente die Natur der Erbverträge vindiziren. Diese Auffassung wird indessen von Sommer im Archiv Bd. II S. 246 sehr treffend mit der Bemerkung abgefertigt, daß man, wenn sich der Testator bei der Möglichkeit, seinen letzten Willen in der Form eines Erbvertrages oder Testamentes zu errichten, für die letztere entschieden habe, auch nur diese als beabsichtigt annehmen könne und daher die Grundsätze von Testamenten zur Anwendung bringen müsse.

Eine zweite, der vorstehend hervorgehobenen ganz entgegenstehende Meinung, welche die einseitige Widerruflichkeit der gemeinschaftlichen Testamente unbedingt zuläßt, findet unter andern ihre Vertheidiger in Thibaut, Pandekten § 825 Ausgabe V und Arndts Pandekten § 501, gestützt auf l. 4 Dig. 34. 4.

„Ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum."

und l. 22 pr. Dig. de leg. III.

„Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat."

Auch diese Ansicht kann in ihrer Allgemeinheit nicht gebilligt werden, vielmehr hat nur diejenige Meinung Berechtigung, nach welcher die Widerruflichkeit für den Ueberlebenden erst durch die Annahme der Zuwendungen unwiederbringlich ausgeschlossen wird.

Der Ueberlebende erscheint nämlich, wie vorhin angedeutet, nicht bloß als Testator, sondern auch als Honorirter. Es fragt sich, wie gestaltet sich überhaupt das Verhältniß des Honorirten zum Testament, nachdem er die Erbschaft oder das Legat angenommen hat? Durch diese Acceptation erkennt er die Dispositionen des Erblassers an, macht das Testament zu einem für ihn unwiderruflichen Gesetze und unterwirft sich sämmtlichen darin getroffenen Willensordnungen, mögen sich dieselben nun in Form directer Auflagen, oder indirect in der Form von Bedingungen, Zweck und Zeitbestimmungen kund gegeben haben. Der Honorirte tritt dadurch zu den Erbschaftsgläubigern und den übrigen im Testamente Bedachten in ein Quasi-Contracts-Verhältniß (§ 5 J. de

obl. quae quasi ex contr. (3. 28) — l. 3 § 3 D. quibus ex causs. in poss. eat. (42. 4) — l. 1 C. commun. de leg. (6. 43). Dieselben erhalten gegen ihn auf Realisirung der zu ihren Gunsten in dem Testamente vorkommenden Bestimmungen ein im Wege der Klage verfolgbares Recht. Mit dem Momente der Annahme der Zuwendungen also werden die testamentarischen Verfügungen für den Honorirten bindend und unwiderruflich. — Hiermit stimmt das A. L. R. überein.

§ 611 I. 12. Der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten.

§ 612. Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleich zu achten, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testamente ohne Vorbehalt bezahlt oder wenn der Legatarius ein solches Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat.

Nach diesen für letztwillige Dispositionen überhaupt geltenden Prinzipien ist auch die Frage nach der verpflichtenden Kraft gemeinschaftlicher Testamente zu beurtheilen. — Wendet man jene Grundsätze auf letztere an, so ergibt sich die Regel, daß der superstes in Folge der Annahme der Zuwendungen durch die Dispositionen des gemeinschaftlichen Testamentes auch in Ansehung des eigenen Vermögens, insofern unwiderruflich verpflichtet wird, als dieselben zugleich als Dispositionen des praedefunctus erscheinen, die er ja in jenem Acte anerkannt und für sich zum Gesetze erhoben hat. Ob und in welchem Umfange das eigene Vermögen des superstes durch die Verfügungen des praedefunctus mitafficirt wird, ist quaestio facti, welche durch Auslegung des Willens der Testatoren zu erledigen. Diese in der Natur der Sache wurzelnden Sätze statuirt auch Hellfeld in seiner jurisprudentia forensis § 1428, wenn er sagt:

„Inde quoque conjugi a testamento recedere licet, nisi superstes conjux hereditatem ex testamento adierit sicque aditionis facto ad defuncti voluntatem adimplendam se obligaverit."

Dieselben finden gleichfalls in dem § 492 II. 1 des A. L. R. Ausdruck, welcher verordnet:

§ 492. Nimmt er die Erbschaft aus dem Testamente an, so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß in Rücksicht auf diese Verfügungen zugewendet habe."

Wie bereits vorhin erwähnt, ist es durchaus gleichgültig, in welcher Art der praedefunctus über das Vermögen des superstes mitverfügt hat, ob dieses, wie es nach § 374 I. 12 zulässig, direct oder indirect dadurch geschehen ist, daß die stillschweigende oder ausdrückliche Bedingung gestellt worden, daß der Ueberlebende seine Disposition nicht

ändere. Denn der Letztere hat sich ohne Unterschied für diesen wie für jenen Fall der Herrschaft des Willens des Verstorbenen, welcher dem Inhalte nach derselbe, nur in eine verschiedene Form gekleidet wird, unterworfen.

Nach alledem läßt sich die vorhin aufgestellte Regel mehr technisch dahin fassen, daß bloß diejenigen Dispositionen eines gemeinschaftlichen Testamentes nach erfolgter Antretung der Erbschaft oder des Legates für den überlebenden Testator zwingende Kraft besitzen, welche correspectiver Natur sind, d. h. nach der Absicht der Testatoren mit einander stehen oder fallen sollen, während dieses bei reciprocen, welche eben nur in dem Verhältnisse äußerer Verbundenheit, nicht innerer Abhängigkeit stehen, nicht der Fall ist. —

Geht man nach diesen Prämissen an die Interpretation des vorliegenden Testamentes, so muß man sich unbedenklich dafür entscheiden, daß sich die Verfügungen des Adrian H. auf den Nachlaß seiner ihn überlebenden Frau mit erstrecken. Im § 2 des Testamentes wird der beiderseitige Nachlaß als eine vereinte Masse, gewissermaßen als ein Gesammtgut der Ehegenossenschaft hingestellt und dieses Gesammtgut, nicht der privative Antheil jedes einzelnen Ehegatten, mit der Verpflichtung, daraus die gemeinschaftlichen Schulden zu zahlen und mit Vermächtnissen beschwert. In letzterer Beziehung ist bereits oben hervorgehoben, daß die im § 2 mit Geldsummen bedachten Kinder, wenngleich sie Erben genannt werden, in der That nur Legatarien sind. Dadurch nun, daß die beiderseitigen Nachlaßmassen als gemeinsamer Schuldentilgungsfonds hingestellt und gleichzeitig mit den nämlichen Vermächtnissen belastet worden, sind erstere so mit einander verflossen, daß eine Auseinanderhaltung eine vollständige Unmöglichkeit geworden. Es ist somit unzweifelhaft Seitens des conjux praedefunctus über den in der gemeinschaftlichen Masse steckenden Nachlaß der Wittwe H. mitverfügt worden. Die Letztere hat durch die Annahme des ihr in § 4 ausgeworfenen Legates die Verfügung ihres Mannes über ihren Nachlaß genehmigt und sich dadurch unwiderruflich der Befugniß entäußert, die gemeinschaftliche Disposition aufzuheben oder abzuändern. Ganz dieselbe Entscheidung für den Fall einer rücksichtlich der Legate im Testamente geschehenen Vermögensvermischung referirt Voetius, nur mit dem einen Unterschiede, daß er den Widerruf schon mit dem Tode eines der Ehegatten für ausgeschlossen hält. Es heißt nämlich bei diesem Autor, Comm. in Pand. Lib. 28 tit. 3 § 11:

„Secus, si ita duo simul testentur, ut quisque non de suis, sed alter de alterius bonis vice quasi mutua aut uterque de suis simul et

conjugis bonis, ex mutuo consensu supremae faciat voluntatis testationem. Quo et reducendum, si conjuges una tabula testantes, simul legata nonnulla certis relinquant personis ex communi massa patrimonii solvenda, sine distinctione, an ex viri, an ex uxoris, aut ex neutrius cognatione sint, ac deinceps singuli separatim de sua parte, quam quisque in massa communi habet, disponant, quum in istas ita communiter legatis, ad oppositionem separatim relictorum, non possit non videri, alter de alterius quoque bonis testatus fuisse ex consensu ejus, ut proinde haec ipsa legata per conjugis unius obitum ita firmata videantur, ne superstitis voluntate in totum aut pro parte revocari queant. Plane superstitem defuncti conjugis testamentum eadem tabula conditum revocare non posse, extra dubium est.

Es ist sonach die erste Frage, ob die Wittwe H. durch die Anordnungen des Testamentes in ihrer Dispositionsbefugniß über das eigene Vermögen gebunden sei, zu bejahen und es relevirt nunmehr die weitere Frage, in welchem Umfange dieses geschehen sei. Auch hier ist allein die Interpretation des Testamentes maßgebend. Für diese springt zuvörderst der Umstand in die Augen, daß die Eheleute in ihrer gemeinschaftlichen Willensordnung ausdrücklich nur über den beiderseitigen Nachlaß verfügt haben. Der Begriff „Nachlaß" bezeichnet nach dem gemeinen, wie juristischen Sprachgebrauche das Vermögen eines Verstorbenen, insofern es von ihm nachgelassen oder verlassen ist und erscheint tautolog mit dem Begriffe „Erbschaft," nur daß man mit diesem Namen das Vermögen eines Dahingeschiedenen insofern belegt, als man dasselbe nach der Seite des Erben hin betrachtet, der es überkommt. Näher definirt, versteht das A. L. R. unter jenem Ausdruck den Inbegriff aller Sachen, Rechte und Pflichten eines Verstorbenen, welche nicht mit seiner Person verknüpft waren und deshalb untergegangen sind. Einleit. §§ 102, 103, § 34, 35, 40 I. 2; § 415 f. I. 5; § 350 I. 9 des A. L. R.

Legt man diese Begriffsbestimmung bei der Auslegung des Testamentes zu Grunde, so folgt daraus, daß in demselben bloß über dasjenige Vermögen der Wittwe H. verfügt worden, welches zur Zeit ihres Todes übrig war, daß dieselbe also durch das Testament in ihrer Dispositionsbefugniß auch nur in Ansehung dieses Vermögens gebunden wurde. Sie hatte demnach nur die Verpflichtung, das bei ihrem Ableben, nicht dagegen das zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Vermögen zu hinterlassen; vielmehr blieb es ihr unbenommen, das letztere nach Willkür zu vermehren und zu verringern, ja sogar das Activvermögen vollständig zu absorbiren und lediglich Passivvermögen zurückzulassen. Denn in allen diesen Fällen bleibt ein Nachlaß übrig und nur diesen ist, wie gesagt, die Wittwe ihren Kindern zu vererben schuldig.

Hieraus folgt, daß jene Vermögensverringerungen nur durch dispos: inter vivos, nicht durch dispos: mortis causa vorgenommen werden durften, da die letzteren sich ihrem Wesen nach auf das zur Zeit des Todes vorhandene Vermögen beziehen.

Uebrigens würde nach diesen Normen selbst dann zu entscheiden sein, wenn man das in dem Testamente gebrauchte Wort „Nachlaß" nicht urgirte und etwa das Wort „Vermögen" an dessen Stelle setzte. Denn in diesem Falle würden die Worte Vermögen und Nachlaß völlig gleichbedeutend sein; indem der testator, wenn er Jemanden ohne weitern Zusatz zum Erben seines Vermögens beruft, unter dem letzteren ohne allen Zweifel nur dasjenige im Sinne hat, was bei seinem Ableben da sein wird, nicht aber das gegenwärtige. Wollte man letzteres annehmen, so müßte man von der absurden Voraussetzung ausgehen, daß sich der Testator die Ausübung seiner Eigenthumsbefugnisse selber habe verbieten wollen.

Im Einklang mit dieser so eben dargelegten Ansicht hat denn auch das Geh. Ober-Tribunal (Jahrb. 1837 S. 345. Archiv Bd. 6 S. 90), wenngleich in entgegengesetzter Richtung, das in einem wechselseitigen Testament unter Eheleuten bei der Erbeseinsetzung gebrauchte Wort „Vermögen" dahin ausgelegt, daß unter demselben auch dasjenige mitbegriffen sei, was der überlebende Ehegatte erst nach dem Tode des andern erworben habe. Freilich ist die Möglichkeit nicht zu verkennen, daß sich in einem solchen Testamente die Erblasser die Bedingung gestellt haben, daß gerade das zur Zeit der Errichtung vorhandene Vermögen zurückgelassen werde. Gegen eine derartige Verfügung würden allerdings auch negotia inter vivos, soweit dieses Vermögen davon ergriffen würde, unstatthaft erscheinen. Auf der andern Seite würde aber, da jene Disposition ebenso, wie wenn z. B. bloß über das in America belegene Vermögen einer Person testirt worden, nur ein Codicill darstellte, Alles dasjenige, was der Testator nach Errichtung desselben acquirirte, seiner freien Disposition sowohl inter vivos als mortis causa unterbreitet sein. Man könnte sich nun vielleicht versucht fühlen, auch das Testament der Eheleute H. als ein solches Codicill anzusehen, sich darauf gründend, daß sich in dem Umstande, daß dieselben im § 2 die Abfindungen ihrer Kinder von dem gemeinschaftlichen Vermögen in einer Geldsumme ausgedrückt und zu diesem Ende eine Werthschätzung des letzteren zur Zeit der Testamentserrichtung vorgenommen haben, ihr Wille documentire, daß das Vermögen in statu quo erhalten werde. Allein es steht einerseits der im Testamente beliebte Ausdruck „Nachlaß" entgegen, andererseits ist jener Umstand ohne alle Erheblichkeit, da die

sich fast bei jedem Testator wiederholende Annahme, daß sich sein Vermögen eher verbessern oder doch im Zustande der Stagnation erhalten, als verschlechtern werde, eine praesumtio hominis ohne alle juristische Bedeutung ist. — Noch hat man für den Fall, daß der überlebende Ehegatte in einem gemeinschaftlichen Testamente als alleiniger Erbe, nach dem beiderseitigen Absterben aber die Kinder berufen worden, die Behauptung aufgestellt, daß dadurch das gemeinschaftliche Vermögen der Eheleute die Natur eines Fideicommisses erlange, der superstes also nicht bloß in Ansehung der Erbschaft des praedefunctus, sondern auch seines eigenen Vermögens als heres fiduciarius betrachtet werden müsse, welchem dem fideicommissarius gegenüber nur die Rechte eines Nießbrauchers zuständen. Hieraus könnte man herleiten wollen, daß auch in dem vorliegenden Falle die Wittwe H. nach Antretung des ihr ausgesetzten Legates ihr Vermögen lediglich als Fiduciarerbin besessen und sonach zu Veräußerungen desselben in keiner Art mehr befugt gewesen. Das Irrige einer solchen Anschauungsweise liegt jedoch, selbst abgesehen davon, daß die Wittwe H. überhaupt nicht Erbin, sondern bloß Legatarin ist, auf der Hand. Denn während die testamentarische Anordnung in dem zuerst gesetzten Falle bezüglich der Nachlassenschaft des erstverstorbenen Ehegatten unzweifelhaft eine fideicommissarische Substitution in sich schließt, kann sie in Ansehung des eigenen zu hinterlassenden Vermögens des superstes nur eine unmittelbare Erbeseinsetzung, niemals aber eine fideicommissarische Substitution enthalten, da es ein offenbares absurdum ist, daß der überlebende Ehegatte bei seinen Lebzeiten sein eigenes Vermögen als Erbe, wäre es auch nur als Fiduciarerbe, besitzen soll. Durch den Satz: viventis non est hereditas widerlegt sich ferner die der vorigen ziemlich nahe verwandte, hauptsächlich von Göschel verfochtene Meinung (vergl. Archiv Bd. I S. 746), daß in Fällen der bezeichneten Art, insbesondere auch in casu concreto, den Kindern die beiderseitige Erbschaft der Eltern schon mit dem Tode des Erstverstorbenen angefallen sei, da jeder der beiden Testatoren für sich allein und nur unter Beitritt des andern die Erbeseinsetzung in den Gesammtnachlaß beider, mit andern Worten: nicht bloß in sein eigenes, sondern auch in das Vermögen des andern vorgenommen habe und sonach mit dem Ableben jedes einzelnen Erblassers die Delation des beiderseitigen Nachlasses erfolgen müsse.

Aus vorstehenden Deductionen stellt sich als Gesammtresultat heraus, daß die Wittwe H. das Recht zur Aufhebung resp. Aenderung des unter dem 16. August 1848 errichteten gemeinschaftlichen Testamentes mit Ausnahme des ihr vermachten legatum abutendi unwiederbringlich

verloren hat, daß sie indeß durch das Testament in der Dispositionsbefugniß über ihr Vermögen nur insoweit beschränkt worden ist, als sie dasselbe nicht durch negotia mortis causa veräußern oder belasten durfte, wogegen sie in Beziehung auf negotia inter vivos völlig freie Hand behalten hat.

Es erübrigt demnach nur die Frage, ob sich der Uebertragscontract vom 12. März 1857 als ein negotium inter vivos oder mortis causa charakterisire. Die Entscheidung für die erstere Alternative kann wol keinem begründeten Bedenken unterliegen. Die entscheidende Pointe zwischen den Verfügungen unter Lebenden und von Todeswegen liegt, wie es schon die Bezeichnung besagt, darin, daß bei jenen über einen Vermögensgegenstand für die Lebenszeit, bei diesen für den Fall des Ablebens der Interessenten disponirt wird. Das Wesen eines Uebertragsvertrages, als welcher der notarielle Contract unzweifelhaft erscheint, besteht aber in der Veräußerung eines ganzen Vermögens oder einer Quote gegen Entgelt, bei Lebzeiten der Contrahenten. Wie die Gegenleistung stipulirt wird, ob in Gelde, in Alimenten, in einer Leibzucht und dergleichen und ob darunter Vortheile für dritte Personen enthalten sind, mögen diese Vortheile Abfindungen, Kindestheile, Erbtheile oder Anweisungen genannt sein, ist für den juristischen Charakter des Geschäftes gleichgültig, da die Art der Gegenleistung zu den Accidentalien desselben gehört. Zum Ueberfluß erklärt der § 656 I. 12 die Uebertragsverträge ausdrücklich für negotia inter vivos. Man hat demungeachtet versucht, diesen Verträgen den Charakter der Erbverträge zu octroyiren, indem man sich auf die von vielen Germanisten in Beziehung auf jene gebrauchten Ausdrücke: quasi successio universalis, successio anticipata berief. Allein wenn die Germanisten sagen, daß durch die Uebertragsverträge die Erbfolge anticipirt werde, so ist dieses eben weiter nichts, als ein ita dictum, als eine Redensart, um die praktische und historische Bedeutung der Uebertragsverträge zu bezeichnen, nicht aber, um denselben ihr juristisches Gepräge zu geben. —

In zweiter Linie stellt sich demnach sowohl das Testament, als der Uebertragscontract als gültig dar; die Provokanten müssen diesen, der Provocat jenes respectiren. Es war somit von diesem Standpunkte aus zwar das Testament aufrecht zu erhalten, dagegen der Antrag auf Annullirung des Vertrages abzuweisen.

---

## Nr. 2.

### Steht dem Erwerber einer, von einem zahlungsunfähigen, oder später in Concurs versunkenen Schuldner veräußerten Sache die gesetzliche Vermuthung, um die unredliche Absicht des Veräußerers gewußt zu haben, auch in Bezug auf die Folgen des durch eine solche Veräußerung begründeten Anfechtungsrechts entgegen?

Vom Gerichts-Assessor Sutro in Münster.

---

Nach § 102 Nr. 3. b. der Concurs-Ordnung unterliegen der Anfechtung: Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Gemeinschuldner an einen seiner eigenen nahen Verwandten — seit dem Tage der Zahlungs-Einstellung oder der Anzeige der Vermögens-Unzulänglichkeit oder des Antrags auf Concurs-Eröffnung, oder innerhalb der nächst vorhergegangenen zwei Jahre — vorgenommen hat; sofern der andre Theil nicht Umstände nachweist, aus welchen zu entnehmen ist, daß er zur Zeit der Veräußerung um eine Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen, nicht gewußt hat. Unter nahen Verwandten werden verstanden:...... die vollbürtigen ... Geschwister.

Gemäß § 107 der Conc.-O. muß dem Erwerber seine Gegenleistung vollständig erstattet werden. Wenn ihm jedoch bekannt war, daß der Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Scheine oder in der Absicht vorgenommen hat, die Gläubiger zu bevortheilen, so kann er die Gegenleistung aus der Masse nur in so weit zurückfordern, als letztere dadurch reicher geworden ist. — In Beziehung auf diese beiden Paragraphen ist eine nicht uninteressante Entscheidung des höchsten Gerichtshofes ergangen, die sich zur Mittheilung und Besprechung wohl eignen dürfte.

Die Anwendbarkeit des § 102 wurde nämlich in einem Falle in Zweifel gezogen, wo „der Erwerber“ eine Handlungssocietät, und der eine Theilhaber derselben ein naher Verwandter der Cridare war. Der andre, nicht mit den späteren Gemeinschuldnern verwandte Socius sollte das Geschäft abgeschlossen haben. Die Concursmasse focht (reconveniendo) das kurz vor der Concurs-Eröffnung gethätigte Geschäft — die Cridare, Gebr. L. in Münster hatten an die Handlung G. & L. in Berlin 125 Orh. Spiritus verkauft — auf Grund des § 102 cit. an.

Die Handlung G. & L. hielt im vorliegenden Falle diesen Paragraphen nicht für anwendbar, weil der eine Theilhaber ihres Geschäfts

mit den Gemeinschuldnern in gar keinem verwandtschaftlichen Verhältnisse stehe; die Veräußerung von den Cridaren auch nicht an ihren Bruder, sondern an die Firma G. & L., folglich an einen Nichtververwandten geschehen sei. Eventuell, meinten sie, könne die Veräußerung nur hinsichtlich des mit den Cridaren verwandten Socius, also nur für dessen Antheil, nicht aber ganz, als eine ungültige angefochten werden. — Wenn aber auch auf Grund des § 102 cit. die Aufhebung des Rechtsgeschäfts erfolge, dann, glaubten sie, müsse ihnen gemäß § 107 ihre Gegenleistung vollständig erstattet werden; es möchte ihnen denn nachgewiesen werden, daß es ihnen bekannt gewesen, daß die Gemeinschuldner die Rechtshandlung nur zum Scheine oder in der Absicht vorgenommen haben, die Gläubiger zu bevortheilen. Der § 102, führten sie aus, präsumire die Wissenschaft des erwerbenden Verwandten von der fraudulösen Absicht des veräußernden Gemeinschuldners. Gegen diese Vermuthung stehe den Verwandten der Gegenbeweis offen. Werde dieser nicht erbracht, dann erfolge allerdings die Aufhebung des angefochtenen Rechtsgeschäftes. Wenn dann die anfechtende Masse sich von der vollständigen Gegenleistung befreien wolle, so habe sie den Nachweis zu erbringen, daß den Verwandten die fraudulöse Absicht des Gemeinschuldners bekannt gewesen sei. —

Diese Ansichten wurden von den Gerichtshöfen aller drei Instanzen reprobirt, vom Königl. Ober-Tribunal[1]) im Erkenntnisse vom 1. Juli 1858 (Nr. 809/$_{58}$ IV.) aus folgenden Gründen:

Den nach der Behauptung der Kläger mit den Cridaren abgeschlossenen Kaufvertrag erachte der zweite Richter für anfechtbar nach § 102 Nr. 3. b. der Conc.-O., weil nach der eigenen Angabe der Kläger dieser Contract Namens ihrer Societät abgeschlossen, und weil Einer der beiden Socii ein leiblicher Bruder der Cridare sei, was auch der andre Socius gegen sich rücksichtlich dieses Geschäfts gelten lassen müsse. Die Nichtigkeitsbeschwerde greife die letztere Ansicht als Verletzung der von dem zweiten Richter zu deren Unterstützung angeführten Gesetze, und des § 102 Nr. 3. b. selbst an, jedoch ohne Grund.

Bei Veräußerungen unter einem lästigen Titel, welche der Gemeinschuldner in der Frist des § 102 der Conc.-O. an einen nahen Verwandten vorgenommen habe, stelle das Gesetz die Anfechtbarkeit, und somit das Zurückforderungsrecht rücksichtlich der veräußerten Sache fest (§ 106). Die Anwendbarkeit dieses Gesetzes könne dadurch nicht beein-

1) Die Vorderrichter waren das Königl. Kreis-Gericht und das Königl. Appellations-Gericht in Münster.

trächtigt werden, daß der die Sache erwerbende nahe Verwandte dieselbe zu einem besondren Vermögens-Etablissement, einer Handlung, Fabrik erwerbe, welche ihm gehöre. Müsse dies zugegeben werden, dann greife es auch Platz bei einem Erwerbe zu einem solchen Etablissement, an welchem der Erwerber nur pro parte betheiligt sei, vorausgesetzt, daß die Rechtshandlung als mit dem Erwerber selbst abgeschlossen betrachtet werden könne. Dies trete nun aber ein bei einem wirklichen, d. h. nicht etwa stillen Handlungs-Socius, wenn die Societät durch ein berechtigtes Organ als der Erwerber der veräußerten Sache aufgetreten sei. Denn dann sei die Sache für die Societät und von der Societät, d. h. also von den Personen, welche die Societät bilden, erworben worden. Ein Erwerb für die Societät durch einen Socius stelle einen derartigen Erwerb dar, weil der Socius das berechtigte Organ der Societät, weil er nämlich in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten als Factor anzusehen sei (§ 633 Th. II Tit. 8 A. L. R.), und seine Handlungen die Societät verpflichten. Darum halte der zweite Richter es in dieser Beziehung mit Recht für gleichgültig, ob im gegenwärtigen Falle der den Cridaren verwandte Socius L., oder ob der nicht verwandte Socius G. das Handlungs-Geschäft abgeschlossen habe, da dasselbe in beiden Fällen als mit von dem verwandten Socius ausgegangen, betrachtet werden müsse.

Sei nun das Geschäft aus der Person des Einen Socius anfechtbar, so folge von selbst daraus, daß der andre Socius, als Folge davon daß ein Societätsgeschäft vorliege, mit von dieser Anfechtbarkeit betroffen werde. Denn getheilt könne das Geschäft nicht werden, es bleibe entweder bestehen, oder werde ganz aufgehoben. Der nicht verwandte Socius müsse als Consequenz der Solidarität, die das Gesetz und das Societäts-Verhältniß mit sich bringe, sich die Folgen der Aufhebung gefallen lassen, da die Anwendung des Anfechtungsgesetzes sonst nicht möglich sein würde. Dabei könne eine Unbilligkeit nicht gefunden werden, indem der Regel nach das existirende nahe Verwandtschaftsverhältniß des andren Socius mit dem Verwandten desselben dem nicht verwandten Socius bekannt sein werde, er mithin, wenn er, wie hier Kläger behaupten, das Geschäft für die Societät abgeschlossen, den Umstand gekannt habe, aus welchem die Anfechtbarkeit des abzuschließenden Geschäfts gesetzlich fließe. Diese Anfechtbarkeit stütze sich auf eine gesetzlich präsumirte Wissenschaft „von der Absicht des Gemeinschuldners, seine Gläubiger durch die Veräußerung zu benachtheiligen.“ Die Präsumtion lasse einen Gegenbeweis zu. Wolle der geschäftsführende Socius ein derartiges Geschäft für die Societät abschließen, so sei es seine Sache, durch gehörige Erforschung aller Umstände sich diesen Gegenbeweis zu

sichern. Der Richter stelle im vorliegenden Falle unangefochten fest, daß der Gegenbeweis von den Klägern, von beiden Klägern nicht geführt sei. Die Frage, ob, wenn etwa der geschäftsführende Socius den Gegenbeweis geführt habe, dies dem andren jedenfalls zu Gute komme, interessire also für die vorliegende Sache nicht.

Die in dieser Hinsicht gestellten Angriffe der Nichtigkeitsbeschwerde seien somit unbegründet.

Der fernere Angriff der Nichtigkeitsbeschwerde habe die von dem zweiten Richter den Klägern versagte eventuelle Vergütung ihrer eigenen angeblichen Gegenleistung zum Objecte und sei nicht gegen die Feststellung des Richters, daß eine Bereicherung der Masse nicht vorliegen würde, gerichtet, sondern nur gegen die Annahme, daß Kläger Kenntniß von der Absicht der Gemeinschuldner, die Gläubiger zu benachtheiligen, gehabt haben. Die Unterscheidung, welche Kläger zwischen der im § 102 Nr. 3 präsumirten Kenntniß, und derjenigen Kenntniß, wovon rücksichtlich der Erstattung der Gegenleistung im § 107 die Rede sei, aufstellen wollen, erscheine ohne Grund, da beide Paragraphen von derselben Kenntniß reden und der § 107 mit keinem Worte eine eigene Beweistheorie in Betreff der Gegenleistung und der bei dieser in Betracht kommenden Kenntniß aufstelle. Insofern Kenntniß von der fraudulösen Absicht des Veräußerers nicht Bedingung der Anfechtbarkeit sei, also z. B. in den Fällen § 102 Nr. 1, 2, § 103 Nr. 3, 4, 5, müsse dieselbe, rücksichtlich der Anwendung des § 107 Al. 2 besonders constatirt werden. Insofern aber diese Kenntniß, wie im Falle des § 102 Nr. 3, § 103 Nr. 1 und 2 schon bei der Anfechtbarkeit eine Bedingung derselben, und im gegebenen Falle, sei es durch Beweis, sei es durch nicht widerlegte Vermuthung, constatirt worden ist, müsse dies auch, da das Gesetz nicht unterscheide, bei der Anwendung des § 107 maßgebend bleiben. Die Motive ergäben das Gegentheil in keiner Weise. —

Der erste Theil dieser Entscheidung, die Anwendung des § 102 auf den vorliegenden Fall, wo der Erwerber eine Handlungs-Societät war, ist wohl unzweifelhaft richtig. Nicht zweifellos dagegen dürfte der andre Theil der Entscheidung sein, daß die nicht widerlegte Vermuthung des § 102 auch im Falle des § 107 Al. 2 ohne Weiteres Platz greife.

Parallel den Bestimmungen der Concurs-Ordnung über die „Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der vor der Concurs-Eröffnung vorgefallenen Rechtshandlungen“ laufen bekanntlich diejenigen des Gesetzes vom 9. Mai 1855, betreffend „die Befugniß der Gläubiger zur Anfechtung der Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb des Concurses.“ Den §§ 102 und 107 der Conc.-Ordn. entsprechen

die §§ 5 und 13 des Anfechtungsgesetzes. In Beziehung auf dieses letztere enthält der 42. Band der „Entscheidungen" ein Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 4. October 1859 (S. 97), worin die Frage:

> Steht dem Erwerber einer, von einem zahlungsunfähigen Schuldner veräußerten Sache die gesetzliche Vermuthung: um die unredliche Absicht des Veräußerers gewußt zu haben, auch in Bezug auf die Folgen des, durch eine solche Veräußerung begründeten Anfechtungsrechts der Gläubiger entgegen?

verneint wird, und zwar aus folgenden Gründen:

Beide Gesetzesstellen (§ 5 Nr. 3 und § 13) reden von derselben Kenntniß, und es könne nicht angenommen werden, daß dieselbe gesetzliche Vermuthung, welche nach § 5 Nr. 3 cit. zur Begründung des Anfechtungsrechts an sich für die Kenntniß des Erwerbers streite, dann hinwegfallen solle, wenn sie nach § 13 für die rechtlichen Folgen der Anfechtung, namentlich in Betreff der Gegenleistung in Betracht komme. Dieser Annahme stehe auch nicht zur Seite, daß der Erwerber in den Fällen des § 5 Nr. 3, wenn er den Beweis führe, um die unredliche Absicht des Veräußerers nicht gewußt zu haben, den veräußerten Gegenstand überhaupt nicht, also auch nicht gegen Erstattung der Gegenleistung zurückzugewähren brauche, und es könne namentlich hieraus nicht gefolgert werden, daß § 13 mit § 5 Nr. 3 in Widerspruch treten würde, wenn man die gesetzliche Vermuthung des § 5 Nr. 3 zugleich für die Folgen der Anfechtung gelten lasse. Denn der Anfechtung unterliegen nicht bloß die im § 5 Nr. 3 bezeichneten Veräußerungen, sondern alle, in den §§ 5 und 7 bezeichneten Rechtshandlungen, mithin sowohl solche, welche — wie Leibrentenverträge und Schenkungen, namentlich an Ehegatten (§ 5 Nr. 1. 2. und § 7 Nr. 3. 4. 5.) — der Anfechtung auch dann unterliegen, wenn auch keine unredliche Absicht des Veräußerers zur Kenntniß des Erwerbers gelangt sei, als auch solche, bei welchen — wie bei lästigen Verträgen mit Ehegatten und nahen Verwandten oder bei simulirten oder unredlichen Rechtsgeschäften (§ 5 Nr. 3, § 7 Nr. 1 und 2) — die Anfechtbarkeit von jener Kenntniß des Erwerbers abhängig sei. Nachdem nun in § 12 für alle diese verschiedenartigen Fälle der Anfechtung die Rechte des anfechtenden Gläubigers bezeichnet worden, habe auch über seine Pflichten, namentlich rücksichtlich der Erstattung der Gegenleistung, und zwar sowohl für diejenigen Fälle, in welchen der Erwerber von einer unredlichen Absicht des Schuldners keine Kenntniß gehabt, als für diejenigen Fälle Anordnung getroffen werden müssen, in welchen er eine solche Kenntniß gehabt habe. Diese Anordnung sei nun im § 13 getroffen, und zwar

im ersten Absatze des Paragraphen dahin: daß in den Fällen der ersteren Art der anfechtende Gläubiger die Gegenleistung zu erstatten habe, im zweiten Absatze dahin: daß in den Fällen der letzteren Art der Erwerber sich wegen Erstattung der Gegenleistung nur an den Schuldner halten, sie also von dem anfechtenden Gläubiger nicht fordern könne.

Ob aber in den Fällen der letzteren Art die Kenntniß des Erwerbers von einer unredlichen Absicht des Veräußerers bis zum Erweise des Gegentheils zu vermuthen oder dem Erwerber besonders nachzuweisen sei, darüber sei im § 13 nichts angeordnet, auch in Betreff der im § 5 Nr. 3 gedachten lästigen Verträge nichts anzuordnen gewesen, weil in Betreff dieser eben dort bereits die gesetzliche Vermuthung ausgesprochen sei, daß der Erwerber um eine Absicht des Schuldners, seine Gläubiger zu benachtheiligen, gewußt habe. —

Diesen beiden gleichlautenden Entscheidungen dürfte Folgendes entgegenstehen.

Im Wesentlichen sollen nach dem System des in der Concurs-Ordnung und in dem Anfechtungsgesetze enthaltenen neuen Rechts dieselben Grundsätze sowohl für den Fall des Concurses als außerhalb desselben gelten. In den Motiven[2]) zur Concurs-Ordnung wird anerkannt, daß die Vorschriften der Allgem. Gerichts-Ordnung Th. I Tit. 50 § 42 sq. „sich als zum Schutze der Gläubiger gegen nachtheilige Dispositionen des Schuldners zulänglich nicht erwiesen haben;“ ferner, daß die Schwierigkeiten durch das Gesetz vom 26. April 1835 (G. S. S. 53) nicht gehoben worden, weil dieses Gesetz auf den Fall der gewöhnlichen Execution beschränkt, es auch leicht sei, andre als die daselbst bezeichneten Personen zu finden, welche sich zur Ausführung des Betruges, oft nur als zwischengeschobene Contrahenten, hergeben.

Das neue Recht beabsichtigte daher: Erweiterung der Zulässigkeit der Anfechtung, sowohl was den Kreis der Rechtsgeschäfte selbst angeht, als auch in Betreff der diese abschließenden Personen; ferner: Erleichterung der Anfechtung, einmal durch Entbindung des Richters von den positiven Beweisregeln, dann dadurch, daß die Anfechtbarkeit nicht überall davon abhängig gemacht ist, daß der Dritte sich irgendwie in dolo oder culpa befand, daß vielmehr das Rechtsgeschäft auch dann angefochten werden kann, wenn der Dritte in bona fide war; endlich, bei Veräußerungen an Verwandte unter einem lästigen Titel, durch Aufstellung der Vermuthung, daß der Erwerber Kenntniß von der unredlichen Absicht des Veräußernden gehabt habe. „Die Aufgabe der Gesetz-

---

2) Sten. Ber. II. Kammer IV. Bd. Anlagen II. Theil S. 629. Berlin 1855.

gebung," heißt es in den Motiven a. a. O. S. 630, „ist hier eine sehr schwierige. Auf der einen Seite kommt es darauf an, solchen betrüglichen, den Schein von Wahrheit und Gesetzlichkeit annehmenden, in vielartiger Gestaltung und Verschleierung erscheinenden Dispositionen der Schuldner entgegenzuwirken, und auf der andren Seite muß die rechte Grenze gefunden werden, damit die Freiheit des Eigenthums nicht zu sehr beschränkt, den Rechten redlicher Personen nicht zu nahe getreten wird, und störende Eingriffe in den Privatverkehr vermieden werden." Gerade diese Intention findet ihren Ausdruck im § 107 der Conc.=O. und § 13 des Anf.=Ges. Mit der Anfechtung selbst wird der anfechtende Gläubiger resp. Concurs=Curator nach den Prinzipien des neuen Rechts bald durchkommen. Dieses hat die Aufhebung des Rechtsgeschäfts zur Folge, selbst dem gutgläubigen Erwerber gegenüber. In Beziehung hierauf sagt Wentzel, dessen Theilnahme an der Bearbeitung der Concurs=Ordnung bekannt ist (Preuß. Conc.=O. S. 59): „So auffallend nun auch dieser Grundsatz des neuen Rechts erscheinen mag, so wird er doch, man kann sagen, nicht nur gemildert, sondern auf das rechte Maaß zurückgeführt durch die Folgen, die das neue Recht mit der Aufhebung einer mit Erfolg angefochtenen Rechtshandlung verknüpft. Nach demselben muß derjenige, dem eine Unredlichkeit nachgewiesen ist, alles hergeben, nur darf die Gläubigerschaft sich nicht mit seinem Schaden bereichern. Daß der Unredliche mit diesen Civilfolgen bestraft wird, kann gewiß nur die allgemeinste Billigung finden. War dagegen der Dritte, gegen den die Anfechtung gerichtet ist, in gutem Glauben, oder wird ihm nur nicht erwiesen, daß er in einer unredlichen Absicht gehandelt hat, dann wird er nach dem System des neuen Rechts nur in denselben Stand wieder versetzt, in dem er sich vor dem Eingehen des angefochtenen Rechtsgeschäfts befand; er soll nur nicht zum Nachtheile der Gläubigerschaft den Vortheil behalten, der ihm aus der zum Nachtheile der Gläubiger vorgenommenen Rechtshandlung erwachsen ist." Wentzel war demnach der Ansicht, daß nur derjenige, dem eine Unredlichkeit nachgewiesen ist, Alles herausgeben muß; er kann seine Gegenleistung als Massegläubiger aus der Masse nur insoweit zurückfordern, als letztere durch dieselbe wirklich reicher geworden ist; weist er dieses nicht nach, dann hat er nur einen Anspruch an den Cridar; außerhalb des Concurses kann er sich ohne Weiteres nur an den Schuldner halten. Demjenigen aber, dem nur nicht erwiesen wird, daß er in einer unredlichen Absicht gehandelt hat, muß seine ganze Gegenleistung erstattet werden.

Offenbar ist nun aber der nicht erbrachte Gegenbeweis gegen die

Vermuthung der Unredlichkeit nicht identisch mit dem Nachweis der Unredlichkeit. Man kann deshalb auch nicht wohl sagen (wie es das Ober-Tribunal thut), daß dann die Unredlichkeit durch die nicht widerlegte Vermuthung constatirt werde. Der nicht erbrachte Gegenbeweis hat eben nur die Folge, daß nun die Vermuthung Platz greift, und das genügt zur Anfechtung selbst. Etwas ganz andres verlangt aber das Gesetz in Betreff der Erstattung der Gegenleistung. Hier ist ja nicht von einer Vermuthung die Rede, die widerlegt werden kann, sondern hier fordert das Gesetz ausdrücklich, daß es dem Erwerber bekannt gewesen, daß der Schuldner in fraudulöser Absicht gehandelt habe. Dieses Bekanntsein muß also erwiesen werden; dieses geschieht aber nicht schon durch die nicht widerlegte Vermuthung.

Somit streitet auch die ganz klare und deutliche Wortfassung des Gesetzes selbst für die hier vertretene Ansicht. —

Diese Ansicht wird auch nicht durch den Inhalt der Motive zum § 103 des Entwurfs, jetzt § 107, alterirt; im Gegentheil sprechen auch diese Motive für dieselbe. Es heißt daselbst (a. a. O. S. 660): „Die Anfechtung einer Rechtshandlung hat den Zweck, die letztere in Ansehung der Gläubigerschaft aufzuheben und den früheren Rechtszustand wiederherzustellen. Danach müssen die beiderseitigen Leistungen zurückgegeben werden. Ist jedoch der andre Theil als ein unredlicher Besitzer anzusehen, so erscheint es sachgemäß, ihn ebenso zu behandeln, wie bei den nach der Concurs-Eröffnung geschlossenen nichtigen Geschäften" (Entw. § 42, jetzt § 43). Man könnte hier aus den Worten: Ist der andre Theil als ein unredlicher Besitzer anzusehen, folgern, daß dieses eben der § 102 (resp. § 5 des Anf.-Ges.) thue, und daß dies deshalb auch für den § 107 (resp. 13) entscheide. Ein unredlicher Besitzer ist aber ein solcher, der es weiß, daß er aus keinem gültigen Titel besitze § 11. Th. I. Tit. 7 A. L. R., und dieses Wissen kann ebenfalls nicht durch eine Vermuthung bewiesen werden. —

Es ist zwar richtig, wenn es in den mitgetheilten Erkenntnissen heißt, daß beide Paragraphen (§§ 102 und 107 resp. 5 und 13) von derselben Kenntniß reden. Sie thun dies jedoch in verschiedener Weise. Das eine Mal wird die Kenntniß vermuthet, mit Freilassung des Gegenbeweises; das andre Mal fordert das Gesetz ausdrücklich das Bekanntsein, d. i. den Nachweis der Kenntniß.

Weder der § 107, noch der § 13 sagen mit irgend einem Worte auch nur das Geringste von einer Vermuthung, oder, daß die Vermuthung des § 102 und § 5 auch für die rechtlichen Folgen der Anfechtung in Betracht kommen solle. —

In Beziehung auf den Beweis der Unredlichkeit ist zu unterscheiden. Es giebt drei Klassen anfechtbarer Rechtshandlungen:

1. solche, bei denen zur Begründung der Anfechtung der Beweis einer mala fides auf Seiten des Erwerbers gar nicht erforderlich ist, wie Leibrenten-Verträge, Schenkungen, namentlich an Ehegatten. § 102 Nr. 1 und 2; § 103 Nr. 3. 4. 5. Conc.-O.; § 5. Nr. 1 und 2; § 7. Nr. 3. 4. 5 des Anf.-Ges.;
2. solche, bei denen zur Begründung der Anfechtung dieser Beweis nothwendig erbracht werden muß, wie simulirte Verträge ꝛc. § 103 Nr. 1 und 2. Conc.-O., § 7 Nr. 1 und 2 Anf.-Ges.;
3. solche, bei denen das Gesetz die Vermuthung der mala fides aufstellt: Veräußerungen titulo oneroso an Angehörige § 102 Nr. 3 Conc.-O., § 5 Nr. 3 Anf.-Ges.

Danach gestaltet sich denn auch die Beweislast verschieden. — In den Fällen der ersten Art kann von dem Beweise der Unredlichkeit nur in Betreff der Erstattung der Gegenleistung gesprochen werden. Unzweifelhaft liegt dieser Beweis dem Anfechtenden ob. Ohne Zweifel in gleicher Weise in den Fällen ad 2, nur daß hier der Beweis schon zur Begründung der Anfechtung erbracht werden muß. Im dritten Falle endlich verlangt das Gesetz zur Begründung der Anfechtung keinen besondren Beweis; es präsumirt die mala fides, um die Anfechtung selbst zu erleichtern. Wird diese Vermuthung durch Gegenbeweis widerlegt, dann hat dieses eben die Folge, daß der Anfechtende mit der Anfechtung nicht durchkommt, daß die Rechtshandlung nicht aufgehoben wird, vielmehr bestehen bleibt. Wird jedoch dieser Gegenbeweis nicht erbracht, dann tritt nun das Gegentheil ein, das angefochtene Rechtsgeschäft wird aufgehoben, für ungültig erklärt. Die Folge hiervon ist, daß dem Erwerber seine Gegenleistung vollständig erstattet werden muß. Von dieser Verpflichtung kann sich der Anfechtende nur durch den Nachweis der mala fides auf Seiten des Erwerbers befreien. —

Das Ober-Tribunal faßt die Fälle sub 2 und 3 zusammen, und nimmt an, daß in beiden Fällen Kenntniß von der fraudulösen Absicht des Veräußerers Bedingung der Anfechtbarkeit sei, und entweder durch Beweis, oder durch nicht widerlegte Vermuthung constatirt[3]) werden müsse. In Beziehung auf die Veräußerungen an Angehörige ist dieses nicht richtig. Bei diesen ist nämlich nicht die Kenntniß von der mala fides Bedingung der Anfechtbarkeit, sondern umgekehrt, die Nichtkenntniß ist Bedingung der Nichtanfechtbarkeit. Dieses ergiebt ganz klar die

3) Constatirt kann man doch eigentlich nicht wohl sagen. Durch die nicht widerlegte Vermuthung wird nur die Vermuthung selbst, d. h. der Eintritt derselben festgestellt.

Fassung des Gesetzes und die Vertheilung der Beweislast. Es braucht nämlich die Kenntniß nicht constatirt zu werden, es muß vielmehr die Nichtkenntniß bewiesen werden. Die Aufstellung der Vermuthung ist eine Ausnahme von den allgemeinen Beweisregeln, und diese Ausnahme ist nicht weiter auszudehnen, als dies im Gesetze ausdrücklich geschieht. Es läßt sich nicht verkennen, daß mit der Aufstellung dieser Vermuthung die Entbindung des Richters von den allgemeinen Beweisregeln im Zusammenhange steht. Die positiven Regeln über die Wirkungen der Beweise sind aber nur bei der Entscheidung über die Zulässigkeit einer Anfechtung außer Anwendung gesetzt (§ 111 Conc.-O., § 17 Anf.-Ges.) und diese Frage wird weder im § 107, noch im § 13 berührt. —

Die gesetzlichen Bestimmungen über die Rechte des Anfechtenden (§ 106 Conc.-O., § 12 Anf.-G.) sind ohne Einfluß auf die vorliegende Frage. Es ist auch nicht ersichtlich, warum der Anfechtende, dem die Vermuthung Behufs der Anfechtung zur Seite steht, in Betreff der Gegenleistung nicht solle den Beweis der Unredlichkeit erbringen müssen. —

Man könnte allerdings fragen, welchen Vortheil denn die Anfechtung für den Anfechtenden habe, wenn er dem Erwerber die Gegenleistung vollständig erstatten müsse. Hierauf ist zunächst zu antworten: denselben Vortheil, der ihm in den Fällen erwächst, wo er gegen den Erwerber in bona fide mit der Anfechtung durchkommt, ohne ihm — in Betreff der Gegenleistung — Kenntniß von der fraudulösen Absicht des Schuldners nachweisen zu können. — Dann aber liegt ein erheblicher Vortheil schon darin, daß die Gegenleistung in den allermeisten Fällen dem wahren Werthe der veräußerten Sache nicht entsprechen wird. Durch Wiedererlangung dieser Gegenstände gegen Erstattung des geringen dafür gegebenen Preises erwächst dem Gläubiger unbedenklich ein Vortheil. Indeß ist dieses nur ein Gesichtspunkt de lege ferenda. —

---

## Nr. 3.

## Wie geschieht im Falle des § 56 der Konkurs-Ordnung die Kaufgelder-Vertheilung, wenn mit der conjunctim haftenden Post einer auf dem einen Grundstück postlocirten, auf welche dessen Kaufgelder nicht reichen, die Priorität eingeräumt ist?.

Von Reiche in Breslau.

---

Die Güter A. und B. sind zur nothwendigen Subhastation gestellt. A. ist verkauft für 60,000 Thlr., B. für 50,000 Thlr.

Es haften Rubr. III

| auf A. | | auf B. | |
|---|---|---|---|
| Nr. 1.. | 10,000 Thlr. | Nr. 1.. | 16,000 Thlr. |
| Nr. 2.. | 25,000 Thlr. | Nr. 2.. | 6,000 Thlr. |
| Nr. 3.. | 20,000 Thlr. | Nr. 3.. | 8,000 Thlr. |
| Nr. 4.. | 10,000 Thlr. | Nr. 4.. | 20,000 Thlr. |
| Nr. 5.. | 5,000 Thlr. | Nr. 5.. | 7,000 Thlr. |
| Nr. 6.. | 20,000 Thlr. | Nr. 6.. | 14,000 Thlr. |

Dem Gläubiger Y., welchem die 20,000 Thlr. A. Nr. 6 gehören, ist die Priorität eingeräumt vor den dem X. gehörenden 20,000 Thlrn. A. Nr. 3. Letztere haften conjunctim auch auf dem Grundstücke B., nemlich unter Nr. 4.

Die Prioritätseinräumung hinweggedacht, würde die Vertheilung der Kaufgelder beider Grundstücke nach § 56 der Konkurs-Ordnung sub 2 folgendermaßen geschehen.

Bei A. gehen von den 60,000 Thlrn. Kaufgeldern die den 20,000 Thlrn. Nr. 3 vorstehenden 35,000 Thlr. ab, so daß 25,000 Thlr. für die nachstehenden Posten verbleiben. Bei B. beträgt dieser Masse-Rest 20,000 Thlr. (50,000—30,000). Die Summe beider Restbeträge, d. i. 45,000 Thlr., muß zu jedem einzelnen Masse-Reste in Verhältniß gesetzt und nach diesem Verhältnisse die Rate ermittelt werden, welche aus jeder Masse auf die conjunctim haftende Post zu zahlen ist.

Also bei A.:

$$45{,}000 : 25{,}000 = 20{,}000 : x$$

x ist hier = $11{,}111\frac{1}{9}$,

und bei B.: $45{,}000 : 20{,}000 = 20{,}000 : x$.

Hier ist $x = 8{,}888\frac{8}{9}$.

Auf die Forderung der 20,000 Thlr. sind mithin zu zahlen:

| | | |
|---|---|---|
| aus der Kaufgelder-Masse des Grundstücks | A. | $11{,}111\frac{1}{9}$ Thlr. |
| „ „ „ „ „ „ | B. | $8{,}888\frac{8}{9}$ Thlr. |
| | zusammen | 20,000 Thlr. |

und es erhalten demnach:

aus der Masse A.

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Nr. 1 | auf 10,000 Thlr. | 10,000 Thlr. |
| | Nr. 2 | auf 25,000 Thlr. | 25,000 Thlr. |
| (X) | Nr. 3 | auf 20,000 Thlr. | $11{,}111\frac{1}{9}$ Thlr. |
| | Nr. 4 | auf 10,000 Thlr. | 10,000 Thlr. |
| | Nr. 5 | auf 5,000 Thlr. | $3{,}888\frac{8}{9}$ Thlr. |
| | Nr. 6 | auf 20,000 Thlr. | 0 |
| | | Summa | 60,000 Thlr. |

aus der Masse B.

| | | | | | |
|---|---|---|---|---|---|
| | Nr. 1 auf | 16,000 | Thlr. | 16,000 | Thlr. |
| | Nr. 2 auf | 6,000 | Thlr. | 6,000 | Thlr. |
| | Nr. 3 auf | 8,000 | Thlr. | 8,000 | Thlr. |
| (X) | Nr. 4 auf | 20,000 | Thlr. | 8,888 8/9 | Thlr. |
| | Nr. 5 auf | 7,000 | Thlr. | 7,000 | Thlr. |
| | Nr. 6 auf | 14,000 | Thlr. | 4,111 1/9 | Thlr. |
| | | | Summa | 50,000 | Thlr. |

Nähme der Gläubiger X., wie er, wenn keine Prioritätseinräumung stattgefunden hätte, nach Nr. 1 des allegirten § 55 befugt sein würde, seine Befriedigung ganz aus einer von beiden Kaufgelder-Massen, so würde dennoch dadurch in den Rechten der postlocirten Gläubiger nichts geändert, oder wie der § 56 unter Nr. 4 sich ausdrückt, in dem Beitragsverhältnisse der beiden Kaufgelder-Massen unter sich nichts geändert werden, sondern es würde, falls X. die ganzen 20,000 Thlr. aus der Masse A. entnommen hätte, die Masse B. 8,888 8/9 Thlr. an die Masse A. ersetzen müssen, und ebenso würden, wenn X. ganz aus der Masse B. befriedigt wäre, 11,111 1/9 Thlr. aus der Masse A. an dieselbe zu erstatten sein. Die obige Vertheilung aber würde dieselbe bleiben.

Welchen Einfluß hat nun hierauf die erwähnte Prioritätseinräumung?

Auf den ersten Blick wird man geneigt sein, diese Frage für ziemlich überflüssig zu erklären. Die Rechte der postlocirten Gläubiger können durch die Prioritätseinräumung, als res inter alios gesta, nicht alterirt werden. Sie hatten ihr Geld auf Hypothekenstellen hinter den 20,000 Thlrn. hergegeben, weil sie wußten, daß diese ihnen vorgehende Post, für welche noch ein zweites Grundstück verhaftet war, nicht für voll, sondern bei A. nur für 11,111 1/9 Thlr. und bei B. nur für 8,888 8/9 Thlr. zählte. Dieses jus quaesitum konnte ihnen durch die Prioritätseinräumung nicht wieder entzogen werden. Eben so wenig scheint die Feststellung des Rechtsverhältnisses zwischen X. und Y. eine Schwierigkeit darzubieten. Y. muß zufolge der Prioritätseinräumung dasjenige Percipiendum erhalten, welches auf die Forderung des X. entfällt, aber selbstverständlich nur dasjenige beim Grundstücke A., d. i. 11,111 1/9 Thlr., da die Prioritätseinräumung nur die Rangordnung auf *diesem* Grundstücke zum Gegenstande hat, Y. mithin auf das Percipiendum aus den Kaufgeldern des Grundstücks B., als gänzlich außerhalb der Gränzen seines Rechtsgebietes liegend, keinerlei Anspruch machen kann. Die Vertheilung scheint demnach unbedenklich wie folgt angelegt werden zu müssen:

aus der Masse A.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Nr. 1 auf | 10,000 Thlr. | 10,000 | Thlr. |
| | Nr. 2 auf | 25,000 Thlr. | 25,000 | Thlr. |
| (X) | Nr. 3 auf | 20,000 Thlr. | 0 | |
| | Nr. 4 auf | 10,000 Thlr. | 10,000 | Thlr. |
| | Nr. 5 auf | 5,000 Thlr. | 3,888 8/9 | Thlr. |
| (Y) | Nr. 6 auf | 20,000 Thlr. | 11,111 1/9 | Thlr. |
| | | Summa | 60,000 | Thlr. |

aus der Masse B.

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Nr. 1 auf | 16,000 Thlr. | 16,000 | Thlr. |
| | Nr. 2 auf | 6,000 Thlr. | 6,000 | Thlr. |
| | Nr. 3 auf | 8,000 Thlr. | 8,000 | Thlr. |
| (X) | Nr. 4 auf | 20,000 Thlr. | 8,888 8/9 | Thlr. |
| | Nr. 5 auf | 7,000 Thlr. | 7,000 | Thlr. |
| | Nr. 6 auf | 14,000 Thlr. | 4,111 1/9 | Thlr. |
| | | Summa | 50,000 | Thlr. |

Allein alles Vorstehende ist doch nur in dem Falle richtig, wenn die Prioritätseinräumung zu einer Zeit geschehen ist, wo die 20,000 Thlr. des X. bereits conjunctim auf beiden Grundstücken hafteten.

Nun ist aber doch eben so wohl der Fall denkbar, daß X. sich das Grundstück B. erst hat verpfänden lassen, nachdem er dem Y. die Priorität bereits eingeräumt hatte.

In diesem Falle ist zuvörderst einleuchtend, daß die Rechte des Y. aus der Prioritätseinräumung durch die nachherige Mitverpfändung des Grundstücks B. nicht geschmälert werden können. Y. hat die 20,000 Thlr. A. Nr. 6 hergegeben, weil er wußte, daß die gleich hohe Post A. Nr. 3, mit welcher ihm die Priorität bestellt wurde, voll zur Perception kommen mußte. Das hierdurch erlangte Recht, aus den Kaufgeldern des Grundstücks A. an Stelle des X. voll befriedigt zu werden, konnte dem Y. dadurch, daß X. hinterher sich auch das Grundstück B. verpfänden ließ, nicht wieder entzogen werden. Y. muß demnach der Vorschrift des § 56 der Konk.-Ordn. Nr. 2 ungeachtet 20,000 Thlr. (und nicht bloß 11,111 1/9 Thlr.) aus den Kaufgeldern des Grundstücks A. erhalten.

In Folge hiervon bleiben für den Gläubiger A. Nr. 4, welcher, wenn jene Vorschrift zur Anwendung käme, volle Befriedigung erhalten würde, nur 5,000 Thlr. und für A. Nr. 5, welcher in jenem Falle

wenigstens theilweise (mit $3{,}888\frac{8}{9}$ Thlr.) zur Hebung kommen würde, gar keine Kaufgelder übrig. Darüber können sich aber diese Gläubiger auch durchaus nicht beschweren. Als sie ihr Geld auf das Grundstück hergaben, standen ihnen die 20,000 Thlr. A. Nr. 3 vor, ohne daß sie conjunctim auf B. hafteten. Sie hatten also nur Anspruch auf denjenigen Theil der Kaufgelder, der nach Befriedigung der ihnen vorgehenden 10,000 Thlr., 25,000 Thlr. und der vollen 20,000 Thlr. übrig bleiben würde. Die nachherige Mitverpfändung des Grundstücks B. für die ihnen vorstehenden 20,000 Thlr. hat diese Sachlage nicht zu ihren Gunsten verändern können. Sie haben kein Recht, dieses ihnen völlig fremden Aktes wegen zu verlangen, daß die Vorschrift des § 56 der Konk.-Ordn. angewendet werde und daß ihr zufolge die Post A. Nr. 3 nur $11{,}111\frac{1}{9}$ Thlr. aus den Kaufgeldern dieses Grundstücks erhalte.

Demnach wird die Vertheilung der Kaufgelder des Grundstücks A. die nachstehende sein müssen:

| | | | |
|---|---|---|---|
| | Nr. 1 auf | 10,000 Thlr. | 10,000 Thlr. |
| | Nr. 2 auf | 25,000 Thlr. | 25,000 Thlr. |
| (X) | Nr. 3 auf | 20,000 Thlr. | 0 |
| | Nr. 4 auf | 10,000 Thlr. | 5,000 Thlr. |
| | Nr. 5 auf | 5,000 Thlr. | 0 |
| (Y) | Nr. 6 auf | 20,000 Thlr. | 20,000 Thlr. |
| | | Summa | 60,000 Thlr. |

Wie ist aber in diesem Falle die Kaufgelder-Vertheilung bei dem Grundstücke B. anzulegen?

Hier war zur Zeit, als die Gläubiger Nr. 5 und 6 die Hypotheken erwarben, die ihnen vorstehende Post Nr. 4 bereits conjunctim auch auf dem Grundstücke A. eingetragen. Sie haben also einerseits ein jus quaesitum darauf, daß auf die ihnen vorstehenden 20,000 Thlr. Nr. 4 nicht mehr, als § 56 der Konk.-O. vorschreibt, nemlich $8{,}888\frac{8}{9}$ Thlr. vertheilt werden, können aber anderseits auch nicht etwa verlangen, daß diese Post ganz leer ausgehe und daß ihnen jene $8{,}888\frac{8}{9}$ Thlr. noch zu Gute kommen. Es müssen vielmehr die $8{,}888\frac{8}{9}$ Thlr. dem Gläubiger X. zu Theil werden. Es ist dieses der Vortheil, den er sich dadurch gestiftet hat, daß er, nachdem er durch die Prioritätseinräumung allen Anspruch auf Befriedigung aus den Kaufgeldern des Grundstücks A. eingebüßt hatte, sich auch noch das Grundstück B. hat verpfänden lassen.

Die Vertheilung der Kaufgelder des Grundstücks B. bleibt also in diesem Falle ganz dieselbe wie in jenem ersten Falle:

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| | Nr. 1 auf 16,000 Thlr. | 16,000 | Thlr. |
| | Nr. 2 auf 6,000 Thlr. | 6,000 | Thlr. |
| | Nr. 3 auf 8,000 Thlr. | 8,000 | Thlr. |
| (X) | Nr. 4 auf 20,000 Thlr. | 8,888 8/9 | Thlr. |
| | Nr. 5 auf 7,000 Thr. | 7,000 | Thlr. |
| | Nr. 6 auf 14,000 Thlr. | 4,111 1/9 | Thlr. |
| | Summa | 50,000 | Thlr. |

---

## Nr. 4.

## Sind die nach dem Gesetze vom 23. Juli 1847 gebildeten Synagogen-Gemeinden ipso jure Rechtsnachfolgerinnen der früher bestandenen jüdischen (oder israelitischen) Gemeinden (oder Judenschaften) geworden?

Rechtsfall, mitgetheilt vom Gerichts-Assessor Sutro in Münster.

---

Mittels notariellen Vertrages vom 18. April 1830 hatte der Verklagte von „den Mitgliedern resp. Vorständen der hiesigen israelitischen Gemeinde,“ namentlich (— hier werden stets Personen aufgeführt —) ein Haus gekauft. Zum Schlusse des Notariats-Protocolls heißt es: „die in hoc actu mit erschienene Wittwe N. N. genehmigte ebenfalls vorstehende Verhandlung in allen Punkten und Clauseln.“ —

Auf Grund dieses Vertrages stellte der Vorstand der nach dem Gesetze vom 23. Juli 1847 gebildeten Synagogen-Gemeinde eine Klage gegen den Ankäufer an. Dieser bestritt die Activ-Legitimation, weil die klagende Gemeinde nicht Rechtsnachfolgerin seiner Contrahenten geworden, dieses wenigstens nicht nachgewiesen sei. Die jetzige Gemeinde, wandte der Verklagte ein, sei erst im Jahre 1855 constituirt worden; die frühere habe aber Corporations-Rechte nie besessen. Dieses gehe auch aus dem § 37 des Gesetzes vom 23. Juli 1847 hervor: „Die einzelnen Synagogen-Gemeinden erhalten in Bezug auf ihre Vermögens-Verhältnisse die Rechte juristischer Personen.“ —

Der erste Richter, das Königliche Kreisgericht in Münster, hielt diese Einrede der mangelnden Activ-Legitimation für durchgreifend, und wies die Kläger unterm 2. Mai 1859 ab.

Der ganze Anspruch der Kläger, heißt es in den Gründen, beruhe auf dem Kaufvertrage vom 18. April 1830, in welchem mehrere Personen als Verkäufer aufgetreten, unter der Bezeichnung: Vorstände resp.

Mitglieder der israelitischen Gemeinde hierselbst. Erst durch § 37 des Gesetzes vom 23. Juli 1847 seien den jüdischen Gemeinden in Bezug auf ihre Vermögensverhältnisse die Rechte juristischer Personen ertheilt worden. Bis dahin habe die Synagogen-Gemeinde zu Münster nach § 20 Tit. 11 und § 11 Tit. 6 Th. II A. L. R. nur die Rechte einer erlaubten Privatgesellschaft gehabt. Wenn derselben auch nach § 14 Tit. 6 Th. II A. L. R. die inneren Rechte der Corporation zugestanden, so haben ihr doch die äußeren, insbesondere das Recht, sich durch Vorstände oder sonstige Organe nach Außen gültig vertreten zu lassen, und durch diese Organe gültig Rechtsgeschäfte einzugehen, gefehlt. Aus jenem, der Klage zu Grunde liegenden Vertrage seien also nur die darin aufgeführten Contrahenten, resp. deren Rechtsnachfolger zur Klage berechtigt. Kläger seien die damaligen Contrahenten, daß sie aber deren Rechtsnachfolger, dafür haben sie keinen Beweis angetreten. Dieser Beweis werde auch nicht dadurch überflüssig, daß Kläger behaupten, es seien ihnen sämmtliche Papiere, welche sich auf die israelitische Gemeinde bezögen, von den früheren Vorständen eingehändigt worden. Dieses sei für vorliegende Sache vielmehr völlig unerheblich. —

Auf die Appellation der Kläger wurde dieses Erkenntniß vom Königl. Appellations-Gericht in Münster unterm 1. December 1860 abgeändert, die Activlegitimation mithin als erbracht angenommen, und zwar aus folgenden Gründen:

Schon in früheren Zeiten habe in der Stadt Münster eine israelitische Religionsgesellschaft bestanden.

Am 23. Juli 1847 sei das Gesetz über die Verhältnisse der Juden erschienen, welches nach vorgenommener Revision aller bisher bestandenen Vorschriften als seinen Zweck die Herstellung einer möglichst gleichmäßigen Gesetzgebung über die Verhältnisse der Juden angekündigt habe.

Dieses Gesetz habe den Juden gleiche bürgerliche Rechte mit den christlichen Unterthanen verliehen, und verordnet, daß die Juden eines Ortes in Synagogen-Gemeinden mit einem Repräsentanten-Collegium und einem an dessen Beschlüsse gebundenen Vorstande an der Spitze vereinigt werden, und die Eigenschaft juristischer Personen haben sollten. Die Bildung der Synagogen-Bezirke sei den Königl. Regierungen überwiesen worden. Alles dieses sei denn auch hier geschehen, und das Synagogen-Statut vom 5. Juni 1856 von der hiesigen Königl. Regierung genehmigt. — Ungefähr 26 Jahre vor der Existenz dieses Statuts, nämlich am 18. April 1830, haben sechs hier wohnhafte Juden in der angegebenen Eigenschaft als Vorsteher der hiesigen israelitischen Gemeinde mit dem Verklagten einen notariellen Vertrag abgeschlossen,

wodurch sie ihm das noch jetzt in seinem Besitz befindliche Wohnhaus und Garten verkauft, und Ankäufer sich verpflichtet habe, ein darauf eingetragenes Capital als Theil des Kaufpreises zu übernehmen, und einen Theil des Gartens Behufs Erbauung einer Synagoge abzutreten. Letzteres sei geschehen, die Synagoge sei erbaut, und befinde sich im Besitz der Synagogen-Gemeinde. —

Der erste Richter habe nun die Activlegitimation vermißt, indem er der Ansicht, daß der Verklagte nur mit sechs Individuen contrahirt habe, und daher nur diese oder deren Erben aus dem Vertrage klagen könnten. Allein dies sei nicht das wahre Sachverhältniß. Der Verklagte habe mit diesen Personen in der von ihnen angegebenen Eigenschaft als Vorsteher der jüdischen Genossenschaft contrahirt, und habe dieses Anerkenntniß factisch dadurch wiederholt, daß er dieser Genossenschaft das zur Erbauung einer Synagoge bestimmte Gartenparcell abgetreten habe.

Die Synagoge sei darauf von der jüdischen Genossenschaft erbaut, und dadurch der in ihrem Namen geschlossene Vertrag genehmigt. Da nun eine Ratihabition dieselbe Wirksamkeit habe, wie ein vorhergegangenes Mandat, so sei die Sache so anzusehen, als wenn der Verklagte mit der Genossenschaft selbst contrahirt hätte.

Das Gesetz vom 23. Juli 1847 ignorire auch keineswegs die schon vorher bestandenen jüdischen Genossenschaften; es setze vielmehr den Bestand derselben ausdrücklich voraus, indem es der zum Theil unbestimmten Haltung dieser Genossenschaften eine bestimmte und festgegliederte Organisation substituire.

Die klagende Synagogen-Gemeinde sei keine ganz neue Schöpfung. Sie treibe vielmehr ihre Wurzeln in die Vergangenheit, d. h. in die ehemalige Judengenossenschaft, deren gesellschaftliche Attribute erweitert und organisch gegliedert seien.

Umgebildet zu einer juristischen Person habe aber die ehemalige Kirchengesellschaft alle vertragsmäßigen Rechte in den neuen Zustand der Dinge mit hinübergebracht. Wenn also Verklagter vertragsmäßige Verpflichtungen gegen die ehemalige Kirchengesellschaft übernommen haben sollte, so seien diese dadurch nicht alterirt, daß die ihm gegenüberstehende Contrahentin in eine höhere Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft erhoben worden sei. — Die Activ-Legitimation sei daher außer Zweifel.

---

## Nr. 5.

### Ist dem Bergwerkseigenthümer, durch dessen Bergbau ein fremdes Grundstück beschädigt worden, zu gestatten, statt eine Geldentschädigung zu leisten, die Wiederherstellung des Grundstückes in den früheren Stand, so weit dies möglich ist, selbst zu übernehmen?

---

Diese Frage ist durch die gleichlautenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Bochum vom 27. Januar 1860 und des Appellationsgerichts zu Hamm vom 13. December 1860 aus folgenden Gründen bejaht worden:

Die Entscheidung der Sache hängt lediglich von Beantwortung der Frage ab: Ist der Bergbauende berechtigt, anstatt für die durch den Bergbau verursachten Beschädigungen Ersatz in Gelde zu leisten, die beschädigten Grundstücke in den früheren Stand, so weit dies möglich, wieder herzustellen. Und dies ist zu bejahen.

Die Clevisch-Märkische Bergordnung vom 29. April 1766 bestimmt in Cap. 1 § 9 und Cap. 72 nur, daß die Grundeigenthümer für den durch den Bergbau verursachten Schaden entschädigt werden müssen. Dasselbe bestimmt das A. L. R. in den §§ 112, 113 Th. I Tit. 16:

> Für Alles, was der Grundeigenthümer zum Bau und Betriebe des Werks abgetreten und verloren hat, muß demselben vollständige Entschädigung nach Vorschrift des I. Theils Tit. 6 § 7 geleistet werden.
>
> Für den abgetretenen Grund und Boden muß der Eigenthümer sich damit begnügen, daß ihm die auszumittelnde jährliche Abnutzung in jedem Jahre so lange vergütet werde, bis der Boden wieder in solchen Stand gesetzt ist, daß er gehörig genutzt werden kann.

Die in letzterem Paragraph bezeichnete Entschädigung ist also sowohl für den vom Grundeigenthümer abgetretenen Grund und Boden, als für den zu leisten, welcher ohne vorherige Abtretung durch den Bergbau verloren gegangen, also dessen Benutzung dem Eigenthümer ganz oder zum Theil entzogen worden ist. Diese Entschädigung ist so lange zu leisten, bis der Boden, der abgetretene sowohl wie der verlorene, von dem Bergbauenden wieder in solchen Stand gesetzt ist, daß er gehörig genützt werden kann. Von einer vollständigen Wiederherstellung des frühern Zustandes, einer restitutio in integrum, die der Beklagte wohl mit Recht für unmöglich hält, ist im Gesetze keine Rede. Die Wiederherstellung des Grund und Bodens des Beschädigten steht im Belieben des Bergbauenden. Er hat die Wahl, ob er fortgesetzt eine jährliche Vergütung für die entzogenen Nutzungen bezahlen oder den Eigenthümer in den Stand setzen will, sein Grundstück wie früher zu

benutzen. Das vom Beklagten angezogene Erkenntniß des Königlichen Ober-Tribunals vom 21. Mai 1847 spricht aus, daß diese Wahl nur dem Bergbauenden, nicht dem Beschädigten zustehe, betrifft also den vorliegenden Fall nicht; in den Gründen ist indeß erwähnt, daß die angeführten Paragraphen nicht bloß auf die Fälle, wo Behufs des Bergbaues Grund und Boden abgetreten werde, sondern überall anzuwenden seien, wo der Grundeigenthümer einen Verlust erleide.

Daß der Bergbauende befugt ist, die durch ihn verursachten Tagebrüche und Senkungen auf fremden Grundstücken auszufüllen, ergibt sich auch aus dem § 150 l. c., welcher bestimmt:

> „Wird bei dem Schürfen nichts entdeckt, so muß der Schürfer die aufgeworfene Grube wieder einfüllen, den Ort eben machen, auch allen durch das Graben verursachten Schaden........ ersetzen."

Die Befugnisse, die der Schürfer hat, sind gewiß dem den Bergbau wirklich Betreibenden nicht abzusprechen.

Die Ansicht des Beklagten, daß sich die Vorschriften der §§ 112 u. 113 l. c. bloß auf den im § 109 bezeichneten, dem Bergbauenden vom Grundeigenthümer überlassenen Grund und Boden bezögen, erscheint sonach unbegründet, da einestheils die Bezeichnung: „Ueberlassen," d. h. Gestatten der Benutzung, als das plus die ohne Absicht des Bergbauenden erfolgte Entziehung der Benutzung als das minus umfaßt, anderntheils aber der Wortlaut des § 112 ergibt, daß unter dem überlassenen Grund und Boden Alles zu verstehen ist, was der Grundeigenthümer zum Zwecke des Bergbaues abgetreten und verloren hat.

Hat nach Allem diesem der Kläger das Recht, das Grundstück des Beklagten in einen Stand zu setzen, daß es gehörig genutzt werden kann, so kann ihn der Kläger nicht daran hindern (§§ 105, 118 A. L. R. Th. I Tit. 4). Einer Abtretung des Grundstücks an den Kläger, wozu der Beklagte nach § 109 Th. II Tit. 16 a. a. O. allerdings nicht verpflichtet sein würde, bedarf es Behufs der Wiederherstellung desselben nicht; sie wird auch von dem Kläger nicht verlangt; eine ungesetzliche Beschränkung der Freiheit des Eigenthums aber kann in der Verurtheilung des Beklagten nach dem Klageantrage nicht gefunden werden.

Auf die von dem Kläger beabsichtigte Art der Wiederherstellung des beschädigten Grundstücks kömmt es in dem vorliegenden Prozesse und überhaupt nicht an. Wird das Grundstück nicht in einen Stand gesetzt, daß es der Beklagte gehörig und wie früher benutzen kann, so verbleiben ihm natürlich seine desfallsigen Entschädigungsansprüche an den Kläger.

W. 653.

---



## Nr. 6.

**Legitimation des Pächters zur Einklagung der von dem Bergbauenden für den abgetretenen Grund und Boden zu zahlenden jährlichen Entschädigungssumme.**

**Solidarische Verpflichtung mehrerer Gewerkschaften in Betreff solcher für den gemeinschaftlich an sie abgetretenen Grund und Boden festgesetzten Entschädigungssummen.**

---

Die Gewerkschaften mehrerer verklagten Zechen hatten bis zum 1. Januar 1859 ein zu dem vom Kläger angepachteten Eumanns Gute gehöriges Grundstück gegen eine in der Verhandlung vom 21. December 1837 zwischen ihnen und dem Kläger bergamtlich festgesetzte Entschädigung von 4 Sgr. 1 Pf. jährlich pro Ruthe als Kohlenmagazin in Benutzung. Gestützt auf diese Verhandlung nahm der Kläger dieselben auf Wiederherstellung dieses, angeblich bis auf eine Tiefe von 4 bis 8 Fuß ausgegrabenen und auf diese Weise entwertheten Grundstücks in seinen früheren Zustand, und bis dahin, daß dasselbe wieder benutzt werden könne, auf Zahlung der festgesetzten event. für angemessen zu erachtenden Entschädigung gemeinschaftlich in Anspruch.

Die Verklagten trugen auf Abweisung des Klägers an, sowohl weil derselbe als bloßer Pächter zur Anstellung des gegenwärtigen Rechtsstreites überhaupt nicht legitimirt, als auch weil die Klage gegen sie gemeinschaftlich gerichtet sei, was aus dem Grunde ungerechtfertigt erscheine, weil sie mit dem Kläger in Betreff des in Rede stehenden Grundstücks nicht gemeinschaftlich verhandelt hätten, vielmehr jede der verklagten Zechen einen abgesonderten Theil des Grundstücks erworben und benutzt und hierfür ihren Antheil bezahlt habe.

Das Kreisgericht zu Essen hat jedoch durch Erkenntniß vom 20. Januar 1860 die Verklagten für schuldig erachtet:

> das ihnen vom Kläger zur Benutzung als Kohlenniederlage eingeräumte Grundstück in seinen früheren Zustand wiederherzustellen und bis dahin, daß dies geschehen, eine Entschädigung von jährlich 4 Sgr. 1 Pf. pro Ruthe zu zahlen.

Diese Entscheidung ist durch das Urtheil des Appellationsgerichts zu Hamm vom 25. October 1860 aus folgenden Gründen, jedoch mit der Maßgabe, bestätigt worden, daß die Verklagten für schuldig erklärt, das

Grundstück in seinen früheren Zustand, worin es zur Zeit des 21. December 1857 sich befunden, wiederherzustellen und bis dahin dem Kläger auf die Dauer seines Pachtrechts die festgesetzte Entschädigung zu zahlen.

Zunächst ist die Einrede der mangelnden activen Sachlegitimation nicht begründet. Allerdings ist in den §§ 112 seq. II. 16. A. L. R. in Betreff der von dem Bergbautreibenden zu leistenden Entschädigung überall nur von den Rechten des Grundeigenthümers die Rede, weil diesen gewöhnlich und der Regel nach der Schaden aus der Ueberlassung des Grund und Bodens trifft. Dieses schließt indessen nicht aus, daß ein Anderer, nicht der Eigenthümer, von diesem Schaden betroffen wird, welcher dann natürlich auch in die rechtliche Lage des Eigenthümers tritt. Dies ist hier der Fall, indem der Kläger unbestritten Pächter des Eumann's Gutes und insbesondere des hier in Rede stehenden Grundstücks ist. Hier bildet nicht das Eigenthum an dem Grund und Boden, sondern das Nutzungsrecht an demselben die rechtliche Grundlage des zu ersetzenden Schadens, so daß hiernach der Kläger zur Anstellung der gegenwärtigen Schadensklage durchaus berechtigt erscheint. Eine Versagung dieses Klagerechts würde sich auch geradezu als ein Bruch in dem allgemeinen und hier für den vorliegenden Fall im § 112 l. c. durch Verweisung auf den § 7 I. 6 A. L. R. sanctionirten Principe darstellen, wornach ein Jeder zum Anspruch auf Ersatz des ihm zugefügten Schadens berechtigt ist. Hierzu kommt noch der Umstand, daß die hier geforderte Grundentschädigung durch die Verhandlung vom 21. December 1837 gerade zwischen dem Kläger und den Gewerkschaften der verklagten Zechen festgesetzt ist und diese daher quasi ex contractu zum Ersatze derselben verpflichtet sind.

Was sodann den Klageanspruch selbst anbetrifft, so ist derselbe nach § 112, 113 II. 16. A. L. R. gewiß begründet. Es fragt sich nur, ob die Verklagten für die geforderte Entschädigung und die Wiederherstellung des Grund und Bodens gemeinschaftlich, in solidum verpflichtet sind? Mit Unrecht ist dieses von ihnen bestritten worden. Abweichend von der römischen, durch die natürliche Getheiltheit der Obligationen von selbst gegebenen Grundregel, daß die auf einen Vertrag sich gründende Correalobligation eine ausdrückliche hierauf gerichtete Vereinbarung voraussetzt, hat das Allg. Landrecht das Verhältniß im Wesentlichen umgekehrt und das solidarische Verhältniß unter mehreren Verpflichteten, wenn auch nicht unter mehreren Berechtigten, zur Regel erhoben. Wenn Mehrere sich in einem Vertrage verpflichten und das Gegentheil nicht ausdrücklich verabreden, so wird angenommen: es sei eine Correalobligation geschlossen. § 424, 425 I. 5. A. L. R. Bei Consensual-

verträgen ist die Regel ohne Zweifel. Sie muß aber auch bei Zwangsenteignungen und insbesondere bei der hier dem Entschädigungsanspruch zum Grunde liegenden Verhandlung vom 21. December 1837 in Anwendung gebracht werden. Mit Recht nimmt schon der erste Richter an, daß solche Zwangsenteignungen den Veräußerungsverträgen gleichzustellen, in welchen festgesetzt worden, daß der Preis durch das Gutfinden eines Dritten bestimmt werden soll, § 48. I. 11. A. L. R., und daß ihnen daher im Allgemeinen die Natur eines Vertrages beizulegen sei. Daß im vorliegenden Falle keine eigentliche Expropriation — eine zwangsweise Entäußerung des Eigenthums — sondern nur eine Abtretung des Grund und Bodens zur zeitweisen Benutzung zum Zwecke des Bergbaubetriebes vorliegt, kann in rechtlicher Beziehung zu einer anderen Auffassung der Sache nicht führen. Hiernach ist auch die Verhandlung vom 21. December 1837 nach den über Verträge geltenden Grundsätzen zu beurtheilen, und wenngleich dieselbe, näher ins Auge gefaßt, an sich eine solche Vertragsnatur nicht erkennen läßt, so geht ihr doch nothwendig der Vertrag voraus, in welchem der Kläger das fragliche Grundstück den Gewerkschaften der verklagten Zechen abgetreten hat, so daß sie als der modus der Ausführung jenes Vertrages, nämlich als die Festsetzung der Entschädigung anzusehen ist. Diese Entschädigung wird nun in der gedachten Verhandlung zwischen dem Kläger und den Gewerkschaften der verklagten Zechen festgesetzt, und mit Recht hebt schon der erste Richter als entscheidendes Moment hervor, daß in derselben nirgends von einer durch die eine oder andere Zeche besonders zu zahlenden Entschädigung die Rede ist. Die beiden verklagten Zechen stehen daher in dieser Verhandlung dem Kläger in Betreff der festgesetzten Entschädigung als gemeinschaftlich contrahirende Parteien gegenüber. Daß diese Entschädigung nicht in Einer Summe, sondern nur pro Ruthe festgesetzt ist, berechtigt nicht zu der Annahme, daß hierdurch das Quotenverhältniß an der zu zahlenden Grundentschädigung habe festgestellt werden sollen, weil von einem solchen Quotenverhältniß in der mehrerwähnten Verhandlung selbst an keiner Stelle die Rede ist. In der Feststellung der Entschädigung pro Ruthe war die Höhe der ganzen Entschädigungssumme für das von den verklagten Zechen benutzte Grundstück schon von selbst gegeben. Es ist hier also durch die Verhandlung vom 21. December 1837 der ächte Fall der Correalität gegeben, auf den der § 424. I. 5. A. L. R. volle Anwendung findet, so daß die Verklagten durch dieselbe für die hier geforderte Entschädigung in solidum verhaftet sind, weil das Gegentheil nicht verabredet ist. Völlig gleichgültig ist für den Begriff der Correalobligation das Verhältniß der

mehreren correi unter sich und daher ganz unerheblich, ob jede der verklagten Zechen etwa einen besonderen abgegrenzten Antheil an dem Grundstück gehabt und benutzt hat, was nur hinsichtlich des Regresses der Correalverpflichteten unter sich von Bedeutung sein kann. Auch dadurch wird die rechtliche Lage der Sache nicht geändert, daß der Kläger von jeder Zeche einen ihrem Antheile an dem abgetretenen Grundstücke entsprechenden Theil der Entschädigungssumme etwa gefordert und angenommen hat, da derselbe bei der einmal begründeten solidarischen Haftbarkeit sich an alle einzelnen Verpflichteten nach Belieben, sowohl für die ganze Forderung, als für einen Theil derselben, mit freiem jus eligendi und variandi, halten kann. § 430—434 I. 5. d. A. L. R. Diese Verbindlichkeit zur Zahlung der festgesetzten Entschädigung, § 112, II. 16. A. L. R. liegt den Verklagten so lange ob, bis das Grundstück „wieder in solchen Stand gesetzt ist, daß es gehörig benutzt werden kann" § 113 l. c. In diesem Sinne ist auch der auf Wiederherstellung des Grundstücks in seinen früheren Zustand gerichtete Klageantrag aufzufassen, indem der Kläger in der Klage selbst angibt und behauptet, daß ihm die festgesetzte Entschädigung bis zu dem Zeitpunkte gezahlt werden müsse, von welchem ab er das Grundstück wieder benutzen könne. Für diesen Zeitpunkt ist die Verhandlung vom 21. December 1837 entscheidend und sind daher die Verklagten verpflichtet, das Grundstück in dem damaligen Zustande wiederherzustellen, was der Kläger in dieser Instanz auch ausdrücklich fordert. Was endlich die Dauer der Entschädigungsverbindlichkeit der Verklagten anbetrifft, so mußte dieselbe auf die Zeit des bestehenden Pachtrechts des Klägers deshalb beschränkt werden, weil sich das Klagerecht des Letzteren auf das Nutzungsrecht an dem fraglichen Grundstück gründet und daher mit diesem auch jeder fernere Anspruch auf Entschädigung erlischt.

P. 248.

---

## Nr. 7.

## Ueber die Gültigkeit von Distriktsverleihungen zum Zwecke des Bergbaues.

---

Der Bürgermeister C. hatte seiner Angabe zufolge sowohl im Kreise Halle, Regierungsbezirk Minden, als auch im Kreise Warendorf, Regierungsbezirk Münster, an einer Menge von Punkten zufälliger Weise Raseneisenstein entdeckt und auf Grund dieser angeblichen Funde bei dem Bergamte zu Bochum eine Reihe von Muthungen eingelegt.

Das gedachte Bergamt hatte ihn indessen mit seinen Muthungsanträgen unter dem Eröffnen zurückgewiesen, daß die begehrten Felder sämmtlich nicht im Bergfreien, nämlich theils in dem Distriktsfelde „Prinz Wilhelm" theils in dem Distriktsfelde „Kronprinz" gelegen seien. Die ursprüngliche Beleihung dieser beiden Distriktsfelder war auf den Grund einer Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 1. September 1842 erfolgt, welche dahin lautet:

An den Staats- und Finanz-Minister von Bodelschwingh.

„Mit Bezug auf Meine heutige Ordre wegen der Zulässigkeit einer Distrikts-Verleihung bei Raseneisenerz und anderen nesterweise vorkommenden Mineralien autorisire ich Sie, diese Art der Verleihung auch bei den von den gewerkschaftlichen Eigenthümern des Eisenhüttenwerks Westphalia unter dem Namen „Kronprinz, Lutterfeld, Prinz Carl, Prinz Wilhelm und Prinz Friedrich" gemutheten Raseneisenerz-Lagerstätten eintreten zu lassen und das anliegende Gesuch des Kaufmanns Nöllmann und Genossen vom 16. December pr. zurückzuweisen. Da indeß meiner vorgedachten Ordre keine rückwirkende Kraft beigelegt werden soll, so setze ich voraus, daß diese Zurückweisung auch nach der bisherigen Landes-Gesetzgebung rechtlich zulässig gewesen sein würde und will, wenn dies nicht anzunehmen wäre, Ihren weiteren Bericht erwarten."

Der Bürgermeister C. hielt indessen jene Distriktsverleihungen, d. h. Verleihungen ungemessener Felder und ganzer Landschaften, für nicht zu Recht beständig, indem er davon ausging, daß bei der im Wege der Gesetzgebung erfolgten Freierklärung des Bergbaus der Landesherr sich derartige Spezialbeleihungen habe ausdrücklich vorbehalten müssen und daß, da dies nicht geschehen, solche Spezialbeleihungen nur durch ein Gesetz in rechtsverbindlicher Weise ertheilt werden könnten. Als Gesetz könne aber die Kabinets-Ordre vom 1. September 1842 nicht gelten, da sie nicht durch die Gesetzsammlung publicirt sei. — Event. behauptete er, die verliehenen Felder seien wieder ins Freie gefallen, da die Beliehenen den ihnen bei der Verleihung auferlegten Verpflichtungen, nämlich: den Eisenstein möglichst vortheilhaft zu gewinnen und denselben auf einer in der Herrschaft Rheda oder doch an den Gränzen in der Gegend von Gütersloh anzulegenden Eisenhüttenwerke zu verschmieden, bis jetzt, also nach 16 Jahren, in keiner Weise nachgekommen seien. Aus diesen Gründen hatte C. gegen die zurückweisende Verfügung des Bergamts zu Bochum den Rechtsweg beschritten und gegen den zeitigen Inhaber der oben gedachten Distriktsfelder sein behauptetes besseres Recht geltend zu machen gesucht.

Er ist jedoch durch die übereinstimmenden Erkenntnisse des Kreisgerichts zu Dortmund vom 28. Januar 1860 und des Appellations-

gerichts zu Hamm vom 20. December 1860 mit seinem Klageantrage zurückgewiesen worden. Die Entscheidungsgründe des Appellationsrichters lauten wie folgt:

Bei Beurtheilung der Rechtsgültigkeit der den klägerischen Muthungsanträgen entgegenstehenden Distriktsverleihungen des Verklagten ist zunächst zu erwägen, daß es sich um ein regales Fossil handelt. Die fraglichen Verleihungen erstrecken sich nämlich auf den in den Distriktsfeldern „Kronprinz" und „Prinz-Wilhelm" vorkommenden Raseneisenstein. Daß dieses Mineral aber zu den regalen Fossilien zu rechnen, kann nicht wohl in Zweifel gezogen werden, indem nach § 69 Th. II. Tit. 16. d. A. L. R. das Bergwerksregal sich, in Ermangelung besonderer Provinzialgesetze, auf alle Fossilien erstreckt, woraus Metalle und Halbmetalle gewonnen werden können. Ein hiervon abweichendes Provinzialgesetz existirt aber für die in Frage kommenden Landestheile, die Kreise Halle und Warendorf, nicht. Das Bergwerksregal stellt sich nun als das ausschließende Recht des Staates dar, die zu demselben gehörigen Mineralien in Besitz zu nehmen und zu nutzen (§ 22. II. 14. § 6. II. 16. A. L. L.), so daß also ohne seine Einwilligung Niemand zu deren Besitznahme befugt ist, § 2. II. 16. A. L. R. Jenes ausschließliche Occupationsrecht des Staates ist indessen durch die im Laufe der Zeit und durch ein unbestreitbares Gewohnheitsrecht erfolgte Freierklärung des Bergbau's gewissen Beschränkungen unterworfen worden. Vermöge dieser Einrichtung steht nämlich Jedermann das Recht zu, vom Staate den Bau auf ein von ihm entdecktes Mineral, insofern dasselbe einen Gegenstand der Regalität ausmacht, innerhalb gewisser Gränzen, zu verlangen. Auch den Bestimmungen des Allg. Landrechts über das Bergwerksregal und dessen Ausübung, § 69 ff. Tit. 16. Th. II., liegt das Prinzip der Freierklärung des Bergbau's zum Grunde. Der Ausdruck kommt allerdings in dem gedachten Gesetzbuche nicht vor; es ergibt sich aber aus § 154 l. c., welcher bestimmt, daß Jeder, der auf erhaltenen Schürfschein (§ 141 l. c.) ein Stockwerk, Erzlager, Gang oder Flötz zuerst erschürft hat, befugt sei, zu verlangen, daß ihm der Bau auf das entdeckte Werk, innerhalb eines gewissen Distrikts, vorzüglich vor allen Andern, verliehen werde, daß das Wesen der Sache beibehalten ist. Im § 156 l. c. ist sodann der Distrikt, auf welchen sich das Recht des ersten Finders erstreckt, näher bestimmt und im § 157 ebendaselbst dem Finder noch, auf besonderes Begehren, außer der Fundgrube die Zutheilung gewisser Maßen zugesichert, welche Bestimmungen später durch das Gesetz vom 1. Juli 1821, die Verleihung des Bergwerks-Eigenthums auf Flötzen betreffend, modificirt sind. Immer wird

aber dabei vorausgesetzt, daß das Recht nicht bereits vergeben ist oder daß das Feld, in welchem der Bau beabsichtigt wird, noch im Bergfreien liegt. In den gedachten Bestimmungen über die dem ersten Finder zu gewährende Feldesgröße ist nun von einer s. g. Distriktsverleihung, d. h. der Beleihung auf größere, ohne bergmännische Vermessung, nur durch äußerlich genau bezeichnete Gränzen festzustellende Distrikte, nicht die Rede, und daraus folgert der Kläger in Verbindung mit dem Umstande, daß das Gesetz der Distriktsverleihungen überhaupt nicht ausdrücklich erwähnt, deren Unzuläßigkeit, so lange nicht ein auf gehörige Weise entstandenes und promulgirtes Gesetz in dieser Beziehung ein Anderes bestimme. Dieser Ausführung kann indessen nicht beigepflichtet werden. Da das Allg. Land-Recht, wie schon erwähnt, der Distriktsverleihungen gar nicht gedenkt, so muß auf seine Quelle, das gemeine deutsche Bergrecht, wie es sich durch Gewohnheit und Gesetz ausgebildet hat, und als dessen Modification das Allg. Land-Recht im Wesentlichen erscheint, zurückgegangen werden. Nach gemeinem deutschen Bergrecht ist nun die Zuläßigkeit von Distriktsverleihungen nicht wohl zu bezweifeln; sie wird wenigstens von den bewährtesten Lehrern des deutschen Bergrechts, namentlich Hartwig, Hake, Karsten (Grundriß der deutschen Bergrechtslehre) u. A. ausdrücklich anerkannt. So bemerkt Karsten S. 22, 23 zu § 23 Grundriß der deutschen Bergrechtslehre, nachdem vorher auseinandergesetzt worden, daß selbstredend der Bergbau des Staats nicht mit Verletzung früher erworbener Privatrechte stattfinden dürfe, wie folgt: „Dagegen steht dem Staatsoberhaupte vermöge der Regalität des Bergbau's, unbedingt das Recht zu, auch bei frei erklärtem Bergbau, einen gewissen Distrikt zu dem Bergbau für Rechnung der Staatskassen zu reserviren, jedoch nur dann, wenn in diesem Distrikt noch keine Person, durch Erfüllung der gesetzlichen Vorschriften, frühere Rechte erworben hat. Dieses Recht steht dem Landesherrn aus demselben Grunde zu, aus welchem derselbe eine Spezialverleihung über einen ganzen Distrikt, insofern derselbe zu der Zeit noch im Bergfreien liegt, ertheilen kann. — Es ist nun aber nicht anzunehmen, daß das Allg. Landrecht etwas hiervon Abweichendes habe statuiren und also für seinen Bereich die Gültigkeit von Distriktsverleihungen habe aufheben wollen. Die vorhandenen gesetzlichen Bestimmungen im Tit. 16 Th. II führen auch keineswegs mit Nothwendigkeit zu dieser Schlußfolgerung. Es muß vielmehr die Ertheilung von Distriktsverleihungen auch nach Allg. Land-Recht als ein aus der Regalität des Bergbau's fließendes und der Freierklärung des Bergbaus keineswegs widerstreitendes Recht des Landesherrn anerkannt werden. Es kann dieses Resultat auch

keineswegs befremden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß der Landesherr zunächst das ausschließliche Recht der Occupation in Beziehung auf die regalen Fossilien hatte. Wenn nun durch die Freierklärung des Bergbaus dieses ausschließende Occupationsrecht resp. dessen völlig unbeschränkte Ausübung eine gewisse Beschränkung erfahren hat, indem der Landesherr unter gewissen Voraussetzungen zur Verleihung jenes Occupationsrechts auf einen gewissen Bezirk verpflichtet ist, so liegt es doch auf der Hand, daß die Bestimmung dieses Bezirks nur für den Anspruch des ersten Finders Bedeutung hat, so daß also der erste Finder keinen größeren, als den gesetzlichen Bezirk verlangen kann, nicht aber die, daß der Landesherr nun auch keinen größeren Distrikt im Wege der Gnade kraft seiner Regalität ertheilen dürfe.

Von diesen Grundsätzen ausgehend kann man die Rechtsgültigkeit der in Frage stehenden Distriktsverleihungen, welche sich auf eine dem Finanz-Minister für diesen speziellen Fall ertheilte Allerhöchste Autorisation gründen, nicht füglich mehr in Zweifel ziehen. Es ist demnach auch von keiner Bedeutung, daß die an dem nämlichen Tage, am 1. September 1842, erlassene Kabinets-Ordre, durch welche der König bestimmt:

> „daß in den Landestheilen, in denen das Allg. Land-Recht gesetzliche Anwendung findet, in Betreff derjenigen zum Bergwerks-Regal gehörigen Mineralien, die wie das Raseneisenerz in zerstreuten Lagerstätten (nesterweise) vorkommen, Muthungen und Verleihungen ausnahmsweise auch auf größere, ohne Vermessung nur durch äußerlich genau bezeichnete Gränzen festzustellende Distrikte zulässig sein sollen,“

wegen mangelnder Publikation keine Gesetzeskraft erlangt hat, da sie nicht die Grundlage für die Rechtsbeständigkeit des hier in Frage kommenden Allerhöchsten Spezial-Erlasses bildet. Es ist daher die Entscheidung des ersten Richters, welcher die Muthungen des Klägers wegen Unfreiheit der begehrten Felder für unzulässig erklärt, völlig begründet. Diese Entscheidung wird indessen auch noch durch einen andern Grund gehalten, der in den Lagerungsverhältnissen des Minerals, welches den Gegenstand der fraglichen Verleihungen bildet, beruht. Der Raseneisenstein pflegt nämlich, wie sich schon aus der oben gedachten Kabinets-Ordre ergibt, in einzelnen Nieren oder Nestern, d. h. in kleinen von einander getrennten Lagerstätten, vorzukommen. Die §§ 156, 157 II. 16. d. A. L. R., in denen von der dem ersten Finder zu gewährenden Feldesgröße die Rede ist, erwähnen nun aber der nesterartigen Lagerstätten gar nicht; es werden dort unterschieden:

a) streichende Gänge, Stockwerke und Erzlager, deren Fallen mehr als 15 Grad beträgt,

b) Gänge und Erzlager, deren Fallen unter 15 Grad beträgt,

c) Flötze und Seifenwerke.

Es liegt nun aber kein Grund vor, die nur für diese Lagerungsverhältnisse bestimmten Feldesgrößen auch auf solche Mineralien anzuwenden, welche, wie das Rasenerz, nur nesterweise vorkommen. Vielmehr liegt es, wie in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 21. April 1851 (Striethorst Arch. Bd. 28 S. 269 f.) ausgeführt wird, in der Natur der Sache, daß eine Beleihung mit einem Gevierten- oder mit einem Längenfelde, wie sie bei den sub a — c vorstehend aufgeführten Lagerungsverhältnissen stattfindet, auf Lagerstätten, die in kleinen Nestern über eine große Fläche zerstreut sind, nicht paßt und zu einem lohnenden Bau nicht führen kann, da die Beleihung immer nur einzelne dieser zerstreuten Nester umfassen könnte. Ertheilt nun der Landesherr, wie im vorliegenden Falle geschehen, bei einem nesterweise vorkommenden Mineral — um ein solches handelt es sich hier — Jemanden auf einen größeren, nur nach äußerlich bestimmten Gränzen bemessenen Distrikt Belehnung, ohne sich an die in den §§ 156, 157 cit., beziehungsweise im Gesetze vom 1. Juli 1821, normirten Feldesgrößen zu kehren, so kann darin nicht ein den gesetzlichen Bestimmungen über die Ausübung der Bergregalität zuwiderlaufender Akt gefunden werden; es stellt sich eine solche Beleihung vielmehr als ein Akt dar, zu welchem der Landesherr als Inhaber des Bergregals unbedenklich, selbst bei der gesetzlich erfolgten Freierklärung des Bergbau's, für befugt erachtet werden muß.

Folgt nun schon aus dem Bisherigen die Unstatthaftigkeit der klägerischen Muthungen, weil die begehrten Felder sämmtlich in einem Distrikte gelegen, auf welchen bereits einem Andern in rechtsgültiger Weise ältere Belehnung bezüglich des auch vom Kläger gemutheten Minerals ertheilt worden, so rechtfertigt sich die abweisende Entscheidung des ersten Richters noch aus einem ferneren Grunde. Der § 154 II. 16 A. L. R. gewährt den vorzugsweisen Anspruch auf Beleihung mit einer Lagerstätte dem ersten Finder, d. h. nach § 154 demjenigen, welcher auf erhaltenen Schürfschein dieselbe zuerst in dem durch den Schürfschein bezeichneten Distrikt entdeckt und innerhalb der § 155 l. c. bestimmten vierwöchentlichen Frist Muthung eingelegt hat. Will man nun auch die längere Zeit controvers gewesene Frage, ob ein zufälliger Fund überhaupt ein Recht auf Beleihung gewähre, in Uebereinstimmung mit dem höchsten Gerichtshofe (cf. Erkenntniß vom 23. August 1849 Entsch. Bd. 18 S. 326) bejahen, so bleibt doch als die nächste Vor-

aussetzung einer gültigen Muthung bestehen, daß überhaupt, sei es nun zufällig oder auf Grund eines Schürfscheins, ein Fund gemacht worden. Der Nachweis eines solchen Fundes liegt selbstredend demjenigen ob, der als Muther auftritt, der also aus einem Funde Rechte auf Beleihung ableitet. Daß nun Kläger an den von ihm behaupteten Punkten wirklich Rasenstein gefunden, hat der Verklagte nicht, wie der erste Richter irrig annimmt, zugegeben, sondern ausdrücklich bestritten. Es bedurfte demnach, bevor überhaupt eine Abänderung des ersten Erkenntnisses zu Gunsten des Klägers hätte erfolgen können, zunächst der Prüfung und Feststellung, ob Kläger wirklich an den in seinen Muthungsanträgen aufgeführten Stellen Raseneisenstein gefunden habe? Diesen Nachweis hat aber der Kläger nicht allein nicht erbracht; er hat nicht einmal Beweis über die von ihm behaupteten Funde angetreten. Er hat nur die in der Replik aufgestellte Behauptung mit Beweismitteln unterstützt, daß sich in allen klägerischen Muthungen der Raseneisenstein nicht allein in Nestern, sondern auch in flötzartigen, festen Lagen von 2 resp. 7 Zoll Mächtigkeit vorfinde. Darauf kann es indessen bei der vorab erforderlichen Feststellung, ob Kläger überhaupt gefunden, nicht ankommen.

C. 261.

---

## Nr. 8.

## Gültigkeit eines von einer Ehefrau ohne Zuziehung ihres Mannes mit einem Dritten über die gemeinschaftliche Erwerbung von Bergwerkseigenthum schriftlich abgeschlossenen Vertrages.

Der Peter Wilhelm Kortmann behauptete, seine seit dem 27. November 1857 mit ihm verheirathete Ehefrau, Caroline geb. Kortmann, mit welcher er in der cleve-märkischen Gütergemeinschaft lebe, habe sich am 19. März 1856 durch einen von ihm überreichten schriftlichen mit einem Datum nicht versehenen Vertrag mit dem invaliden Bergmann Wilhelm Rüttler dahin vereinigt, daß Alles was sie von dem angegebenen Tage ab bis zum 1. Mai 1860 durch Erschürfung, Muthung, zufällige Funde und Belehnungen an Steinkohlen erwerben würden, unter ihnen gemeinschaftlich sein solle. In Folge dessen habe seine jetzige Ehefrau und der ꝛc. Rüttler ein Steinkohlenflötz gemeinschaftlich erschürft, Letzterer jedoch dasselbe für sich allein unter dem Namen Wartburg gemuthet und das Miteigenthum seiner, des ꝛc. Kortmann, Ehefrau anzuerkennen geweigert, obgleich er vorher nicht allein wiederholt

mündlich, sondern auch in einem Schein vom 24. März 1858 dies Recht anerkannt habe, und seine, des Kortmann, Ehefrau auch sämmtliche Schürfkosten und die Kosten der darauf gepflogenen amtlichen Verhandlungen bis zur Beleihung getragen habe. Der Peter Wilhelm Kortmann richtete deshalb seinen Klageantrag dahin:

den rc. Rüttler zu verurtheilen, in gerichtlicher oder notarieller Form seine, des Klägers, Ehefrau als Miteigenthümerin zur Hälfte an der Steinkohlenzeche Wartburg, in der Gemeinde Ende belegen, anzuerkennen.

Der Verklagte wendete dagegen ein, der der Klage zum Grunde liegende schriftliche Vertrag sei von der Ehefrau des Klägers erst nach dem 1. März 1858, mithin nach ihrer Verheirathung mit dem Letzteren und zu einer Zeit, wo sie ohne dessen Genehmigung nicht habe kontrahiren können, unterschrieben und deshalb ungültig. Der von ihm selbst unterschriebene Schein vom 24. März 1858 sei unverbindlich, weil er von dem Gegner nicht mit unterschrieben worden sei. Er trug, indem er übrigens die Klage in allen ihren Theilen bestritt, dahin an:

den Kläger abzuweisen.

Nachdem der Verklagte einen von ihm dem Kläger angetragenen, von diesem zurückgeschobenen Eid dahin abgeleistet hatte, daß die Ehefrau des Klägers den in Rede stehenden Vertrag erst nach dem 1. März 1858 unterschrieben habe, erkannte das Kreisgericht zu Hagen auf Abweisung des Klägers, indem dasselbe annahm, die Ehefrau des Klägers sei zur Zeit der Vollziehung des Vertrages für ihre Person unfähig gewesen Verträge zu schließen, der Vertrag sei sonach nicht zur rechtlichen Existenz gekommen und könne dem Kläger keine Rechte gewähren.

Auf die Appellation des Klägers ist diese Entscheidung durch das Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 13. Oktober 1859 aus folgenden Gründen, dem Antrage des Klägers gemäß, abgeändert worden:

Der Ansicht des ersten Richters, daß der von dem Verklagten mit der Ehefrau des Klägers, ohne Zuziehung des Letztern, abgeschlossene Vertrag gar keine rechtliche Existenz habe (absolut nichtig sei) und dem Kläger gar keine Rechte gewähren könne, kann nicht beigetreten werden. Das Allg. Landrecht verordnet für einen ganz ähnlichen Fall, wenn nämlich Jemand mit einer unter Vormundschaft oder unter väterlicher Gewalt stehenden Person einen Vertrag abgeschlossen hat, daß der handlungsfähige Contrahent von dem Vertrage nicht zurücktreten kann, so lange der Vormund oder der Vater sich über die Genehmigung des abge-

schlossenen Vertrages nicht erklärt hat, daß demselben vielmehr nur frei steht, dem Vormunde oder Vater eine Frist zu bestimmen, binnen welcher er sich über die Ertheilung oder Versagung seiner Genehmigung erklären müsse,

§ 11 bis 13 Thl. I. Tit. 5. § 125 Thl. II. Tit. 2 des A. L. R.

und in derselben Weise muß, wenn ein handlungsfähiger Contrahent in einem Vertrage sich gegen eine Ehefrau verbindlich gemacht hat, der Einwand des Ersteren, daß der Ehemann der Letzteren zu dem Vertrage nicht zugezogen worden sei, als eine unzulässige exceptio de jure tertii angesehen werden, zumal wenn demnächst der Ehemann selbst die Erfüllung des von seiner Ehefrau geschlossenen Vertrages verlangt.

Eine andere Frage aber ist es, ob, abgesehen von dem Umstande, daß der Kläger den von seiner Ehefrau abgeschlossenen Vertrag nicht mit vollzogen hat, zwischen der Letzteren selbst und dem Verklagten ein gültiger Vertrag zu Stande gekommen ist; jedoch muß auch diese Frage bejaht werden.

Es liegt unbestritten ein von beiden Contrahenten vollzogenes Vertragsexemplar vor; dies Exemplar ist zwar mit keinem Datum versehen, der Vertrag ist aber in zwei Exemplaren aufgesetzt worden, welche beide sich im Besitz des Klägers resp. seiner Ehefrau befunden haben, und auf dem zweiten, von dem Verklagten allein vollzogenen Vertragsexemplar ist der Vertrag bereits am 19. Mai (nicht März) 1856 datirt, während allerdings durch den von dem Verklagten in der ersten Instanz abgeleisteten Eid festgestellt ist, daß die Ehefrau des Klägers diesen Vertrag erst nach dem 1. März 1858 unterschrieben hat; der Gültigkeit des Vertrages, insbesondere der Verbindlichkeit desselben für den Verklagten ist aber durch die verspätete Unterschrift der Ehefrau des Klägers an sich kein Eintrag geschehen. Nach der Bestimmung des § 185 Thl. I. Tit. 5 A. L. R.:

> daß derjenige, welcher sich schriftlich oder zu Protokoll zu einem mündlich geschlossenen Vertrage bekannt hat, so weit als die Verabredungen aus diesem Anerkenntnisse erhellen, den Mangel der schriftlichen Abfassung nicht vorschützen kann;

darf auch der, welcher die über einen abgeschlossenen Vertrag aufgenommene schriftliche Urkunde durch seine Unterschrift vollzogen hat, den Mangel der Unterschrift des andern Contrahenten nicht vorschützen, indem ihm eben das in seiner Unterschrift liegende Anerkenntniß entgegensteht.

Ein solches ist zwar darin nur dann zu finden, wenn die Parteien sich wirklich geeinigt haben und die Unterschrift auf den Grund dieser

Einigung erfolgt ist, und es muß mithin dem Unterschriebenen der Beweis nachgelassen werden, daß die Urkunde

1) entweder vor dem Abschlusse des Vertrages vollzogen, und derselbe nachher nicht zu Stande gekommen, — oder aber
2) daß dieselbe dem andern Contrahenten nur ausgehändigt worden sei, um die darin enthaltenen Stipulationen, mit denen der Unterschriebene zufrieden gewesen, nochmals zu überlegen und sich demnächst darüber zu erklären,

da in dem Falle ad 1 der schriftliche Aufsatz ein gleichgültiges Papier ist, dessen Vertilgung nur vergessen worden, und in dem Falle ad 2 derselbe ein bloßes Anerbieten enthält, aus dem erst durch die acceptirende Erklärung des Andern ein wirklicher Vertrag entstehen kann. — Vergl. Bornemann, Preuß. Civilrecht Bd. 2 S. 256 (2. Ausgabe).

Diesen dem Verklagten freistehenden, ihm aber obliegenden Beweis hat derselbe jedoch in keiner Beziehung geführt, er hat zwar in der Appellationsbeantwortung bemerkt, er habe den Vertrag mit der Ehefrau des Klägers verabredet, zu Papiere gebracht und Jener ein Exemplar zur Unterschrift behändigt. Dieselbe habe aber diesen Vertrag nicht acceptirt. Ueber diesen Hergang der Sache, namentlich darüber, daß die Ehefrau des Klägers den Abschluß des Vertrages abgelehnt habe, oder daß sie auch nur ihre Erklärung darüber sich vorbehalten habe, hat jedoch der Verklagte einen Beweis gar nicht einmal angetreten, und unter diesen Umständen ist es gleichgültig, daß die Ehefrau des Klägers ihre Unterschrift dem Vertrage erst nach dem 21. März 1858, und zwar, wie von dem Verklagten in der zweiten Instanz bestimmter angegeben worden ist — erst am 24. März 1858 beigefügt hat; — es handelt sich nicht um den Ablauf der Deliberationsfrist zur Erklärung über die Annahme des bloßen Anerbietens eines Vertrages.

Im Widerspruch mit seiner eigenen Erklärung, daß der Vertrag nie zu Stande gekommen sei, behauptet der Verklagte zwar ferner, daß der Vertrag schon vor dem 1. März 1858 gegenseitig wieder aufgegeben worden sei, indem die Ehefrau des Klägers die ihr kontraktlich obliegende vorschußweise Zahlung von Schürfkosten 2c. verweigert habe; die bloße Weigerung eines Contrahenten, einem auf Grund eines von ihm abgeschlossenen Vertrages an ihn gemachten Anspruche zu genügen, enthält jedoch keine Einwilligung in die Aufhebung jenes Vertrages.

Wenn auch der Verklagte in der Klagebeantwortung, abgesehen von der Vollziehung des der Klage zum Grunde liegenden Vertrages, die Klage in allen ihren Theilen bestritten hat, so hat derselbe doch in

der Appellationsbeantwortung indirect zugestanden, daß die Muthung Wartburg zu denjenigen Erwerbungen gehört, auf welche der fragliche Vertrag sich bezieht, indem er erklärt, daß er die Muthung deshalb für sich allein eingelegt habe, weil die Ehefrau des Klägers den Vertrag nicht habe vollziehen und die Schürfkosten nicht habe zahlen wollen, und darum von einer Ausführung des Vertrages nicht die Rede sein könne. Ueberdies hat der Verklagte in dem von ihm unter dem 24. März 1858 dem Kläger ausgestellten Scheine anerkannt, daß die Muthung Wartburg eine gemeinschaftliche sei, und wenn auch dieser Schein in seinem Eingange auf eine nicht mit der Ehefrau des Klägers, sondern mit dem Kläger selbst und zwar am 29. Juni 1856 getroffene Verabredung über den gemeinschaftlichen Erwerb von Bergwerkseigenthum Bezug nimmt, so scheint doch dies von dem Verklagten einseitig ausgestellte Anerkenntniß allerdings mit dem mit der Ehefrau des Klägers geschlossenen Vertrage in Verbindung zu stehen, und grade mit Rücksicht darauf, daß am 24. März 1858 die Ehefrau des Klägers den Vertrag vollzogen hat, ausgestellt zu sein, da diese Ausstellung, wie bemerkt, an ebendemselben Tage erfolgt ist. Hat der Verklagte für sich allein die Muthung eingelegt und vielleicht, wie vom Kläger behauptet worden, für sich allein auch schon die Beleihung erhalten, obgleich das Recht dazu nur ein ihm und der Ehefrau des Klägers gemeinschaftliches ist, so wird, wie es nach dem § 126 Thl. I. Tit. 11 A. L. R. zu den Pflichten eines Verkäufers gehört, daß er Alles thue, was von seiner Seite erforderlich ist, um die gerichtliche Zuschreibung der verkauften Sache an den Käufer zu bewirken, auch der Verklagte verpflichtet sein, dasjenige zu thun, was erforderlich ist, damit die Ehefrau des Klägers zur Disposition über ihren Antheil an der gemeinschaftlichen Muthung gelange, und darnach erscheint die Abänderung des ersten Erkenntnisses und die Verurtheilung des Verklagten nach dem Klageantrage völlig gerechtfertigt.

Die gegen dieses Erkenntniß von dem Verklagten erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist durch das Urtheil des Ober-Tribunals vom 20. April 1860 als unbegründet verworfen worden.

K. 811.

---



## Nr. 9.

## Ist der durch die Amtsführung eines cautionspflichtigen Beamten Beschädigte befugt, sich an die für den Beschädiger von einem Dritten dem Fiskus bestellte Amtscaution zu halten?

Diese Frage ist in einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Hamm vom 22. Oktober 1860, in Uebereinstimmung mit der Ansicht des ersten Richters, des Kreisgerichts zu Iserlohn, aus folgenden Gründen bejaht worden:

Das Gesetz verpflichtet gewisse Kategorien von Beamten, namentlich auch Subaltern- und Unterbediente der Justiz-Verwaltung, denen ihrer dienstlichen Stellung nach die Einforderung oder der Transport von Geldern oder geldwerthen Gegenständen obliegt, zur Bestellung einer Amts-Caution, wobei es keinen Unterschied macht, daß der Beamte nur interimistisch angestellt ist. Die Cabinets-Ordre vom 11. Februar 1832 (G. S. S. 61) hat das Cautionswesen für die Staats-, Kassen- und Magazin-Beamten näher regulirt, und die sie ergänzende Cabinets-Ordre vom 15. April 1837 (G. S. S. 73), nach welcher jede Amts-Caution baar erlegt werden muß, bevor die Einführung des Angestellten in das ihm zugedachte Amt erfolgen kann, bestimmt:

„Die von dem Beamten bestellte Caution haftet

a) für die Erfüllung der Pflichten, welche demselben vermöge der ihm zur Zeit der Cautionsbestellnng, so wie später übertragenen Amtsgeschäfte obliegen,

b) für alle von ihm aus seiner Amtsführung zu vertretenden Schäden an Capital und Zinsen ...“

Der Aufnahme eines besondern Cautions-Dokuments soll es nicht bedürfen, weil es gesetzlich bestimmt ist, wofür die Caution haftet (cf. Justiz-Minist.-Rescr. vom 3. Juni 1837, Jurist. Wochenschr. S. 537). Der Staat, welchem die Caution bestellt ist, kann sich daran, sobald der Fall eintritt, gegen den er durch die Caution gedeckt werden sollte, wegen alles dabei durch den Cautionsverpflichteten verursachten Schadens halten (§ 178, 195 I. 14 A. L. R.). Aber nicht der Fiskus allein als der Cautionsberechtigte, sondern auch Privatpersonen müssen vermöge des Gesetzes für berechtigt erachtet werden, wegen Ansprüche aus Beschädigungen, welche sie aus der Amtsführung des die Caution bestellenden Beamten erleiden, aus der Caution Befriedigung zu suchen. Nicht zur Sicherung von Ansprüchen des Fiskus allein, sondern auch

zur Sicherstellung des Publikums wegen Schäden, welche der Beamte aus der Amtsführung zu vertreten hat, wird die Caution bestellt. Der Staat, indem er den Beamten zur Sicherheitsbestellung anhält, tritt hier gleichsam als Vertreter jedes künftig Benachtheiligten auf; er kontrahirt gewissermaaßen für ihn. Es kann deshalb auch die Frage gar nicht aufgeworfen werden, ob der Kläger ein vertragsmäßiges Recht auf Befriedigung aus der Cautionssumme erworben habe; sein Recht beruht auf der klaren Vorschrift des Gesetzes. Die Ansicht, daß die Caution, weil sie dem Staate bestellt sei, nur den Fiskus sicherstelle, und Privatpersonen nur vermittelst einer Cession der Rechte des Staats aus der Cautionsbestellung dahin gelangen könnten, aus der Caution Befriedigung zu erlangen, wird auch durch die Cabinets-Ordre vom 11. Juli 1833 (G. S. S. 80) ausdrücklich widerlegt. Danach soll die Vorschrift des § 171 d. I. 51 A. G. O., welche die Vorladung unbekannter Gläubiger einer mit fiskalischen Vorrechten versehenen Kasse zum Behufe des Rechnungs-Abschlusses eines abgehenden Rendanten oder der Rückgabe seiner Caution gestattet, unter gleichen Umständen und mit gleicher Wirkung Anwendung finden, wenn überhaupt von der Rückgabe einer Caution die Rede ist, welche ein unmittelbarer oder mittelbarer Staatsdiener (namentlich ein Auktions-Commissar oder ein anderer Gewerbtreibender) einer öffentlichen Behörde bestellt hat. Sache der Dienstbehörde ist es, nach Auflösung des Dienstverhältnisses zu prüfen, ob vor Ertheilung des Liberations-Attestes die öffentliche Vorladung unbekannter Gläubiger nach Vorschrift der §§ 169 sq. I. 51 A. G. O. zu erlassen sei. Dieses Aufgebots, dieser Berufung der Gläubiger würde es nicht bedürfen, wenn die Einschränkung der Haftbarkeit der Caution — für etwaige Ansprüche der Fiskus — gesetzlich gerechtfertigt wäre. Es kann aber die Gesetzesvorschrift, daß die Caution für alle aus der Amtsführung des Beamten verursachten Schäden hafte, durch Privatwillen nicht geändert werden, weshalb auch der Inhalt einer etwa aufgenommenen Cautions-Urkunde auf die Verpflichtung des Cautionsbestellers ohne Einfluß ist. Zur Begründung des Klageanspruchs genügt die Thatsache, daß eine Amtscaution eingezahlt, und der Kläger durch die Amtsführung des Cautionsverpflichteten beschädigt ist. Unerheblich ist es, daß ein Dritter, der Appellant, für den Verpflichteten die Caution eingezahlt hat; denn dadurch ist nur ein Rechtsverhältniß zwischen dem Appellanten und dem Cautionsverpflichteten entstanden; Ersterer hat dem Staate das Geld nicht hergegeben, sondern der Beamte, mit dem Appellanten hat der Staat als Contrahent Nichts zu thun; er ist Eigenthümer des für Rechnung des L. eingezahlten

Geldes geworden. Der Appellant kann sich als Darleiher nur an den L., den Cautionsbesteller, halten; er konnte sich aber sein Recht auf die Caution nach Wegfall des Cautionsgrundes, d. h. nach Erledigung der daraus hergeleiteten Ansprüche, vorbehalten und sich durch die vorgeschriebene Benachrichtigung der Dienstbehörde schützen, welche nach Auflösung des Dienstverhältnisses zu bescheinigen hat, ob und was aus der Amtsführung noch zu vertreten, und wer zur Empfangnahme des Cautionskapitals legitimirt ist. Die von beiden Verklagten unterschriebene Verhandlung vom 20. Januar 1858, in welcher der Appellant bittet, „ihm die Cautionssumme zurückzuzahlen, wenn L. aus seinem Amte wieder entlassen werde, und der Justiz-Fiskus aus dessen Amtsführung keinerlei Ansprüche zu machen habe,“ enthält keine Modifikation der gesetzlichen Bestimmungen über die Haftbarkeit der Amts-Cautionen und keineswegs eine bedingte Cautionsleistung, sondern Nichts weiter als eine Benachrichtigung der Dienstbehörde, an wen die Cautionssumme nach Erledigung etwaiger Ansprüche zurückzuzahlen sei. Sie konnte aber auch eine Aenderung der Vorschrift des Gesetzes nicht enthalten, weil das durch Privatverfügung nicht zu ändernde Gesetz die Haftung der Caution näher regulirt. Der Kläger erachtet daher mit Recht den Inhalt jener Verhandlung für ganz unerheblich, und es kann davon gar nicht die Rede sein, ob, wie Appellant bemerkt, der Fiskus die Caution nicht hätte acceptiren sollen, bis sie „in gehöriger Weise“ bestellt worden, denn durch die baare Einzahlung des Cautionskapitals wird sie in gehöriger Weise bestellt. Der Cautions-Empfangs-Schein lautet dahin: „Das Capital wird in Gemäßheit des § 7 der Verordnung vom 11. Februar 1832 erst nach eingetretener Auflösung des Dienstverhältnisses des ... und nur insofern zurückgezahlt werden, als derselbe aus der Verwaltung seines Amts, aus Amtsgeschäften, die ihm bisher schon übertragen waren oder noch werden übertragen werden, und hinsichtlich dessen, was ihm in diesen Amts- und Geschäfts-Verhältnissen anvertraut worden, Nichts mehr zu vertreten hat.“ Der Anspruch, wegen dessen der Kläger aus der Cautionssumme Befriedigung verlangt, ist aber ein Schadensersatz-Anspruch, welchen L. aus seiner Amtsführung zu vertreten hat. Daß Letzterer zur Empfangnahme der zur Exekution stehenden Summe nicht ermächtigt war, kann das Verhältniß nicht alteriren; immerhin hat er das Geld in amtlicher Eigenschaft, bei Gelegenheit der Ausübung seines Amts und in Veranlassung einer Amtshandlung, der ihm aufgetragenen Exekutions-Vollstreckung, empfangen. Hatte er in Veranlassung eines amtlichen Auftrags Gelder, zu deren Annahme er weder verpflichtet noch autorisirt war, angenommen und

hierdurch seine amtlichen Befugnisse überschritten, so wurde die amtliche Qualität keineswegs beseitigt, seine amtliche Stellung nicht in ein bloßes Privatverhältniß umgewandelt; das Geld hörte nicht auf, ihm in amtlicher Eigenschaft anvertraut zu sein (cf. § 324 des Straf-Ges.-Buchs). Nicht im Wege eines Privatabkommens, sondern in Veranlassung einer Amtshandlung ist der Mitverklagte L. in den Besitz der an den Gläubiger des Klägers zu zahlenden Summe, welche er unterschlagen, gekommen, der Schaden daher dem Kläger auch durch die Amtsführung des L. verursacht. Diese Auslegung des Gesetzes findet in dem § 3 der Verordnung vom 24. Januar 1844, betreffend die Festsetzung und den Ersatz der bei Kassen und andern Verwaltungen vorkommenden Defekte (G. S. S. 52), eine Unterstützung. Zu den dort gemeinten Privatgeldern gehören auch die in Prozessen vom Exekutor, welcher den Exequenden zur Zahlung einer Geldsumme anhalten sollte, mit Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse in Empfang genommenen Gelder. Die Verletzung der amtlichen Pflichten hat auf die Frage, wofür die Caution hafte, keinen Einfluß, und eben so wenig kommt in Betracht, ob der Kläger, wenn er den Inhalt des Exekutions-Mandats, wonach der Exekutor zur Annahme der Zahlung nicht berechtigt, beachtet hätte, den ihm verursachten Schaden würde vermieden haben. Der Beschädiger, der Cautions-Verpflichtete, kann sich der Ersatz-Verbindlichkeit um deswillen nicht entziehen, weil der Kläger hätte vorsichtiger sein können, und da der Mitverklagte L. es sich gefallen lassen muß, daß Kläger wegen seiner Forderung an ihn die eingezahlte Amts-Caution bis zur Höhe dieser Forderung in Anspruch nehme und daraus seine Befriedigung verlange, so erweist sich auch der gegen die beantragte Befriedigung des Klägers aus dem Cautionskapital von dem Appellanten erhobene Widerspruch als ungerechtfertigt; denn er ist nur berechtigt, die Ausantwortung des nach Befriedigung der begründeten Ansprüche des Fiskus sowohl als auch dritter Personen verbliebenen Restes der Amts-Caution zu begehren.

S. 1588.

# Abhandlungen.

## Nr. 6.

## Ueber die Grenzscheidungsklage.

### Nach preußischem Recht.

Von dem Kreisrichter Leonhard in Ratibor.

Das Wesen der gemeinrechtlichen actio finium regundorum ist bis auf den heutigen Tag bestritten. Die Zusammenstellung derselben mit den reinen Theilungsklagen, den actiones communi dividundo und familiae herciscundae, wie wir sie in den Justinianischen Rechtsbüchern finden, und die ihr mit diesen gemeinsamen, ausdrücklich anerkannten Merkmale als actio mixta (mixtam causam obtinens — tam in rem quam in personam[1]) und als judicium duplex (tale ut in eo singulae personae duplex jus habeant — agentis et ejus, quocum agitur[2]) haben ältere Rechtslehrer[3]) zu der Ansicht geführt, die jetzt in der Theorie als überwunden gilt: daß durch die Verwirrung der Grenzen an einander stoßender Feldgrundstücke eine communio entstehe, deren Aufhebung mittelst dieser Klage erreicht werde, — daß demzufolge die Klage eine Ungewißheit über die Grenze auch bei den Partheien voraussetze und folglich da ausgeschlossen sei, wo auch nur eine derselben den Grenzpunkt anzugeben vermöchte.

Eine weitere Folgerung hieraus war: daß die Klage nur möglich sei, wo eine zufällige Grenzverwirrung entstanden, nicht auch da, wo der Gegner oder ein Dritter die Grenzen verrückt hatte. Man wollte hiermit den Charakter der Theilungsklage wahren und das Rechtsmittel greifbar von der rei vindicatio und der actio negatoria trennen,

1) § 20 Inst. de actionibus (lib. IV. tit. VI.) — Ueber die Bedeutung dieses Merkmals einer Theilungsklage: Koch, Recht der Forderungen Bd. III S. 661. Förster, Klage und Einrede S. 14.

2) l 10. Dig. fin. reg. (X, 1).

3) Glück's Commentar Bd. X. S. 421. — Hufeland, Lehrbuch des Civ. R. § 1936. Günther's principia jur. civ. § 1108. — Thibaut, System des Pandektenrechts § 576. Dagegen: Puchta, Pandekten § 374 und Vorlesungen über das heutige Röm. Recht Bd. 2 S. 225.

als den allein hierzu bestimmten Schutzmitteln gegen Eingriffe in fremdes Eigenthum. Als man auf den Widerspruch dieser Ansicht stieß nicht nur mit den Schlußworten des Fragments von Paulus:

> Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est (l. 1. Dig. h. t. X. 1.) —

sondern hauptsächlich mit der lex ult. Cod. huj. tit. (III, 39.)

> Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere —

welche Verordnung die Zulässigkeit der dreißigjährigen Verjährung gegen die actio finium regundorum ausspricht, während die auf Theilung gerichtete Forderung, deren Rechtsgrund der im Rechtsgebiet gemißbilligte Zustand einer Gemeinschaft ist, anerkanntermaaßen keiner Verjährung unterliegen kann,[1]) half man sich mit der — als bedeutungslos längst verworfenen — Unterscheidung zwischen actio finium regundorum simplex mit dem erwähnten Zweck auf Auseinandersetzung verworrener Grenzen und qualificata mit dem weiter gehenden Zweck auf Rückgabe eines Landstücks (gegen welche allein die Verjährung zuzulassen,[2]) — wodurch man die obige Begriffsbestimmung im Wesentlichen wieder aufhob. —

An die Stelle dieser ist eine andere Ansicht getreten, welche, vornehmlich berücksichtigend, daß die Klage pro vindicatione ist, das Wesen derselben dahin erläutert, daß sie eine rei vindicatio ist, nur modifizirt für den Gebrauch zur Rückforderung eines an der Grenze belegenen Landstücks, sonst aber den Zweck der rei vindicatio theilend, wie an die Erfordernisse der letzteren gebunden, und daß sie nur subsidiär — in dem letzten bei ihr möglichen Erfolge — den Charakter einer Theilungsklage annimmt, sofern nämlich das streitig verbleibende Landstück als res communis behandelt und demgemäß der Theilung durch den Richter anheimfallen soll.[3])

Diese Ansicht findet sich auch in den neueren Lehrbüchern des Preußischen Rechts,[4]) welches mit seinen nur spärlichen Vorschriften über

---

1) Koch, Recht der Forderungen Bd. III. S. 663. Glück's Commentar Bd. X. S. 429. — Puchta's Pandekten a. a. O.

2) Glück a. a. O. S. 451.

3) Puchta's Pandekten a. a. O. — Rudorff, Ueber die Grenzscheidungsklage (in der Berliner Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft Bd. X. S. 366).

4) Koch, Lehrbuch des gem. Preuß. Priv.-Rechts Bd. II. S. 671. Derselbe: Recht der Forderungen a. a. O. S. 677. — Förster, Klage und Einrede § 96. Dagegen: Grävell: Praktischer Commentar zur A. G. O. Bd. IV. S. 468.



Grenzscheidungen der Erläuterung und Ergänzung aus den Quellen des Römischen Rechts bedarf. —

Ganz abweichend hiervon und auf den Ursprung des aus den zwölf Tafeln herstammenden Rechtsmittels zurückgehend, hat Wiederhold[1]) den Satz aufgestellt und zu begründen versucht, daß die actio finium regundorum keinen anderen Zweck habe, als: die Abmarkung anstoßender Grundstücke, welche als Pflicht der Nachbaren anerkannt sei, und daß im Falle eines Streites über die Grenzlinie dem Bedürfniß des sich beeinträchtigt haltenden Nachbars, der nur der Nichtbesitzer des Streitstücks sein könne, durch die rei vindicatio vollständig genügt werde.

Diese Ansicht mit der vorerwähnten gewissermaaßen vermittelnd hat endlich Hoffmann[2]) in zwei diesem Gegenstande gewidmeten lichtvollen Abhandlungen aus den Quellen nachgewiesen, daß die actio finium regundorum allerdings auf die Grenzzeichen sich beziehe und deren Setzung zur Beseitigung der äußerlichen Ungewißheit über den Umfang der mit einander grenzenden Grundstücke, — sowie ferner: deren Wiederherstellung, wenn sie verrückt oder durch Naturereignisse gestört worden, bezwecke, daß sie aber — dem Bedürfniß einer den Eigenthumsrechten der Nachbaren völlig entsprechenden Abmarkung abzuhelfen — auch die Ermittelung des ungewiß oder streitig gewordenen wahren Grenzpunktes zum Gegenstande habe und endlich in dem Falle, daß derselbe gar nicht mehr zu ermitteln ist, — immer um des Zweckes willen: eine sichere Grenze zu haben — auf Theilung des Streitstücks gerichtet sei.

Diese Ansicht verkennt keinesweges, daß die actio finium regundorum da, wo es sich um Ermittelung einer Mangels äußerer Zeichen bereits streitig gewordenen Grenze handelt, hart an das Gebiet der Vindikation stößt, ja sogar häufig in dem Erfolge, sofern er in der Herausgabe eines Landstücks Seitens des Besitzers besteht, mit der Vindikationsklage zusammentreffen wird. Sie paßt mithin vollkommen in die oben erwähnte Definition von Paulus. Aber sie rettet andererseits — und hierin besteht ihr Hauptvorzug — die Selbstständigkeit unseres Rechtsmittels, indem sie völlig den Quellen gemäß dasselbe von der

---

1) Bemerkungen über die actio fin. reg. (in Linde's Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. XIII. S. 85 f.).

2) Ueber das Wesen der actio finium regundorum namentlich in ihrem Unterschiede von der rei vindicatio (im Heidelberger Archiv für civilistische Praxis Bd. XXXI S. 493 ff.) und: In welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen tritt eine adjudicatio bei der actio finium regundorum ein (ebendaselbst Bd. XXXV. S. 350 ff.).

Vindikation scheidet — zuvörderst in dem Ziele, dann in dem Wege zu diesem Ziel — und somit zu einer befriedigenden Lösung der gerade hierauf sich beziehenden zahlreichen Zweifel führt, welche das Schwanken der Praxis in dieser Materie verschulden.

Mit dieser Auffassung stimmt auch das Preußische Recht überein. Dasselbe erkennt in dem fünften Abschnitt des Titels vom gemeinschaftlichen Eigenthum „über Grenzscheidungen“ (im 17. des I. Thl.) zuvörderst die Nothwendigkeit einer deutlichen Auszeichnung angrenzender Grundstücke an (§§ 362, 363). Sodann gibt es Regeln darüber, wie die Grenzzeichen, um als solche zu gelten, beschaffen sein müssen, — zur Anwendung sowohl bei Bestimmung bisher streitig gewesener, als bei Erneuerung unstreitiger Grenzen (§ 371). Hierfür werden dann zwei Mittel unterschieden, die Grenzscheidung (§§ 372—382) und die Grenzerneuerung (§§ 383—388). Die letztere ist gegen die künftige Verdunkelung der Grenzen gerichtet und setzt voraus, daß die Grenze noch erkennbar und unstreitig ist (§ 387). Die Grenzscheidung dagegen tritt ein, wenn die Grenzen bereits verdunkelt (das heißt: an hinlänglichen, von beiden Theilen dafür anerkannten Grenzmalen nicht mehr erkennbar § 375) und ungewiß geworden (d. h. streitig) sind. Das erstere Moment will die äußere, das zweite die dadurch entstandene innere Ungewißheit der Grenze bezeichnen. Die Grenzscheidung steht jedem angrenzenden Grundbesitzer zu und geht nach dem Wortlaut des Gesetzes auf Wiederherstellung der Grenzen (§ 372). Dieser Ausdruck bezieht sich auf die durch das Rechtsmittel erstrebte Hebung der bereits entstandenen inneren Ungewißheit der Grenze. In diesem Sinne wird vorausgesetzt, daß vormals eine richtige, wenn auch nicht äußerlich erkennbare Grenze vorhanden war (§ 379). Trifft dies nicht zu, so haben die Nachbaren an ihren Grundstücken kein ausschließendes Eigenthum; die Grundstücke sind ihnen vielmehr gemeinschaftlich, und es muß statt unserer Klage die actio communi dividundo zur Auseinandersetzung gebraucht werden.*) Keineswegs soll die Grenzscheidungsklage ausgeschlossen sein — auf Bestimmung neuer Grenzzeichen da, wo solche entweder gar nicht oder doch nicht in der vom Gesetze vorgeschriebenen Art vorhanden gewesen sind (§ 1 Thl. I Tit. 42. A. G. O.).

Wir finden hiernach, daß die Grenzerneuerung und die Grenzscheidung beide auf den Zweck hinauslaufen, eine feste Abmarkung der Grundstücke zu gewinnen, — daß die erstere Anwendung findet, wenn

*) cf. Koch, Commentar zum A. L. R. zu § 372 I 17 (Bd. 2 S. 608).

die wahre Grenzlinie noch nicht streitig ist (actio finium regundorum in der ersten und eigentlichen Bedeutung[1]), daß dagegen die Grenzscheidungsklage stattfindet, wenn die wahre Grenzlinie bereits ungewiß oder streitig geworden, mithin vor Allem zu ermitteln ist, bevor die Abmarkung geschehen kann.[2]) Die Grenzscheidungsklage hat darnach bei uns einen beschränkteren Kreis wie die actio finium regundorum im Römischen Recht; sie setzt immer einen Streit über die wahre Grenzlinie voraus und wird eben deshalb so oft mit der Eigenthumsklage verwechselt.

Allein sie unterscheidet sich von dieser wesentlich — zunächst durch das Ziel, welches, wie wir gesehen haben, auf Abmarkung der Grundstücke durch Grenzzeichen gerichtet ist.[3]) Der diesem Ziel zu Grunde liegende Zweck ist Hebung einer entstandenen Ungewißheit, — nicht, wie bei der Vindikation, Herstellung eines geschmälerten Rechts. Daraus ergibt sich weiter die Verschiedenheit des Klagegrundes, der hier nicht im Eigenthumsrecht des Klägers, sondern in dem unsicheren Rechtszustande beruht, der zwischen den Besitzern angrenzender und nicht abgemarkter Grundstücke unvermeidlich ist.[4]) Es ist also ein Irrthum, wenn man annimmt, daß ein Bedürfniß zur Ausmittelung einer streitigen Grenze nur auf Seiten des Nichtbesitzers vorhanden ist.[5]) Es liegt nicht weniger im Interesse des Besitzers, ungeachtet seines Besitzes die Aufsuchung und Markirung des wahren Grenzpunktes zu fordern.[6]) Der Besitz ist überhaupt auf die Zulässigkeit der Klage ohne Einfluß; er ist nur innerhalb derselben insofern von Gewicht, als er bei Ermittelung der Grenzlinie nach unseren Vorschriften — worin das Römische Recht abweicht[7]) — für das Eigenthum streitet (§ 380). Hiernach widerlegt sich auch der von dem Ober-Tribunal angenommene Satz:[8])

1) Finium regundorum actio dicta eo, quod per eam regantur fines utrique ne distipentur. Isidor. Orig. V. 25 bei Rudorff a. a. O. S. 375.

2) Vergl. Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. XXXI. S. 27.

3) Grävell's Commentar a. a. O. — § 30 Thl. I Tit. 42 A. G. O. „Wenn aber der streitig gewesene Grenzzug rechtskräftig feststeht, müssen die Parteien angewiesen werden, selbigen durch gemeinschaftlich zu setzende Grenzsäulen, Haufen oder Steine, dem ergangenen Urtel gemäß, unverzüglich zu reguliren."

4) Vergl. Hoffmann, Wesen der actio finium regundorum a. a. O. S. 519.

5) Wie Wiederhold annimmt.

6) Hoffmann, ebendas. S. 501.

7) Rudorff a. a. O. S. 363. — Hoffmann ebendas. S. 516.

8) Striethorst's Archiv für Rechtsfälle Bd. VII. S. 188. — Wenn zur Begründung dieses Satzes ausgeführt wird, daß die Grenzregulirungsklage bestimmt sei, die Verdunkelung eines Grenzzuges zu heben, eine Verdunkelung aber da nicht vorliege, wo ein sichtbarer Anhaltspunkt (Zaun) die Fest-

Wenn ein Nachbar gegen den anderen auf Wiederherstellung eines früheren Grenzzuges klagt, durch welchen ein unstreitiges im Besitz des Anderen befindliches Stück Land demselben entzogen werden würde, so ist dies für eine Vindikation, nicht aber für einen Antrag auf Grenzregulirung zu erachten. — —

Wie in ihrem Grunde und ihrem Ziele, so unterscheidet sich fernerhin die Grenzscheidungs- von der Eigenthumsklage auch in dem Wege, auf welchem sie zu jenem Ziele führt.

Wir müssen hier daran erinnern, daß in dem älteren Römischen Recht (namentlich nach der lex Mamilia) der strenge Unterschied zwischen einer controversia de fine und de loco bestand.[1]) Die erstere betraf das Grenzland von fünf Fuß Breite und fiel der Entscheidung Sachverständiger (agrimensores), lediglich nach den Regeln der Feldmeßkunst, anheim. Die Berücksichtigung von Rechtsgründen (z. B. der Usucapion) fand hier nicht statt. Die controversia de loco dagegen war eine Grenzstreitigkeit über ein Landstück von größerem Umfange und wurde

---

stellung eines ausschließlichen Besitzes ermögliche, so verstößt dies gegen die §§ 372, 375 dieses Titels, wonach die Klage stattfindet, wenn keine von beiden Theilen dafür anerkannte hinlängliche Merkmale vorhanden sind. Wenn fernerhin die Klage wegen Grenzverrückung nur da für statthaft gehalten wird, wo es sich um die Herstellung einer unstreitig vorhanden gewesenen und nur kürzlich durch einseitige Verrückung gewisser Merkmale verletzt gewordenen Grenze handelt, so ist dies willkürlich. Der Antrag auf Bestimmung einer festen Grenze überhaupt unterliegt keiner Verjährung (§ 373) und bei der dadurch gebotenen Ermittelung der wahren Grenzlinie kann doch auch nur ein rechtsverjährter Besitz des Verklagten bis zu einem bestimmten Punkte der Forderung des Klägers entgegenstehen. — Um die Herausgabe eines Landstückes, welches außerhalb der durch den Zaun bewirkten Scheidung (oder, wie die Gründe lauten, „außerhalb des bisher unstreitig gewesenen Grenzzuges") gelegen ist, kann es sich bei der Grenzregulirungsklage, wie oben erörtert, sehr wohl handeln. Hierin liegt gerade ihre Aehnlichkeit mit der rei vindicatio, wie das Ober-Tribunal selbst an einem anderen Orte (Striethorst's Archiv Bd. I. S. 351) in den Worten anerkennt: „daß ein Grenzstreit der Natur der Sache nach in seinen schließlichen Resultaten die Zwecke und Wirkungen der Eigenthumsklage verfolgt." — Dagegen wird in den Gründen zu dem Präjudiz Nr. 2642 (Entsch. Bd. XXXI S. 28) — unter Berufung auf den Unterschied zwischen der Eigenthums- und Grenzscheidungsklage — die letztere wiederum für nicht anwendbar erklärt in dem Falle einer angeblichen Ueberschreitung der Grenze, die im Gegensatz zur Verdunkelung dann vorliegen soll, wenn das vom Kläger beanspruchte Landstück durch eine Umzäunung von seinem unstreitigen Grunde abgeschlossen und hierdurch in den Besitz des angrenzenden Verklagten gelangt ist. Das ist dieselbe Ansicht, die oben widerlegt ist. — Man sieht zugleich hieraus, wie schwankend die Praxis in dieser Materie ist.

1) Rudorff a. a. O. S. 347. Puchta, Cursus der Instit. Bd. II S. 607.

unter Berücksichtigung von Rechtsgründen, nur unter Zuziehung der mensores als Sachverständiger, durch den Richter entschieden.

Erst als unter Valentinian II. und nach Wiedereinführung des alten Rechts durch Theodosius I. unter Justinian [1]) — mittelst der vielbesprochenen const. 5 Cod. III, 39 — der Unterschied zwischen controversia de fine und de loco beseitigt worden, war — wenigstens nach der zu allgemeinerer Geltung gelangten Ansicht — die Entscheidung jedes Grenzstreites, mochte er ein größeres oder kleineres Landstück betreffen, durch ordentliche Richter, nur unter Zuziehung der mensores als Sachverständiger, und unter Berücksichtigung von Rechtsgründen, nur unter Ausschließung der ordentlichen Verjährung, Gesetz, — so jedoch, daß die ganze Art der Behandlung des Grenzstreits mehr die Natur der früheren controversia de fine annahm, sofern von vornherein technische Ermittelungen über die Grenze eintraten.[2]) —

Dies ist dieselbe Form, in welcher das Rechtsmittel aus dem corpus juris sich uns darstellt, und in welcher es, einige rein positive Aenderungen abgerechnet, auch in das Preußische Recht Eingang gefunden hat.

Darnach gelten als Beweismittel: vornehmlich die durch Sachverständige an Ort und Stelle zu ergründenden alten Grenzzeichen (§ 371. d. T. § 3. I. 42. A. G. O. — l. 8. § 1. Dig. X. 1.), ferner alte Urkunden (vetera monumenta, alte Kaufbriefe und Lagerbücher, — census, Zins- und Steuerregister), endlich, wenn gleich in zweiter Linie, Zeugen, die darüber Auskunft geben, welche Grenze die bisherige Gewohnheit festgehalten hat (§§ 377. 378. l. 11. Dig. X. 1.[3]) —

Wird hierdurch dem Richter die Ueberzeugung von der richtigen Grenze, so zieht er diese und markirt sie durch Zeichen, wodurch er das diesseits und jenseits gelegene Land den Nachbaren als Eigenthum zuerkennt, richtiger: anerkennt. Davon spricht l. 4. pr. Dig. X. 1.:

> Sed et loci unius controversia in partes scindi adjudicationibus potest, prout cujusque dominium in eo loco judex compererit.

Adjudicatio bedeutet hier so viel als: Ausspruch des vorher ermittelten Rechts und ist eine dem Grenzstreit eigenthümliche Art der judicatio.[4])

---

1) Rudorff S. 399 ff.

2) Rudorff a. a. O. S. 408. — Puchta's Cursus der Institutionen Bd. II. S. 604 f. — Hoffmann, Wesen der actio finium regundorum etc. a. a. O. S. 509, 517. — Glück's Commentar Bd. X. S. 438.

3) Rudorff a. a. O. S. 379 ff.

4) Hoffmann, Wesen der actio finium regundorum a. a. O. S. 518. — Derselbe: In welchen Fällen 2c. a. a. O. S. 351. —

Ist dagegen die Grenze nicht aufzufinden, so tritt die gewaltsame Lösung durch die Theilung des Streitstücks ein. Davon spricht l. 2. § 1. Dig. X. 1.

> Judici finium regundorum permittitur, ut, ubi non possit dirimere fines, adjudicatione controversiam dirimat.

Dasselbe sagt § 379. Das Preußische Recht hat hierbei nur die Willkür des Richters durch die Vorschriften §§ 380—382 beschränkt. Danach ist er gehalten, bei der Theilung den ruhigen Besitzstand der Parteien zu berücksichtigen und darf Mangels eines solchen auch nur nach den dort vorgeschriebenen Grundsätzen theilen, also aus Zweckmäßigkeitsgründen die Grenze nicht verändern, noch weniger unstreitiges Land des einen Nachbars dem andern gegen Geldentschädigung zusprechen, wie nach l. 2. § 2. und l. 3. Dig. h. t.

Jede Grenzstreitigkeit hat daher im Erfolge eine adjudicatio — bald in dem oben erwähnten Sinne einer judicatio, bald im Sinne einer wahren Theilung, — in jedem Falle aber mit der Wirkung, daß unmittelbar durch das Urtheil die abgegrenzten Theile als Eigenthum auf die Nachbaren übergehen.[1])

Das Beweisthema der Grenzscheidungsklage betrifft also, wie das der Vindikation, das Eigenthum und nicht blos den Besitz, obwohl ein Streit über den Besitz im Falle einer Entsetzung oder Störung als Possessorium vorausgehen kann.[2]) Der Beweis bezieht sich aber nicht, wie bei der Vindikation, auf die Entstehung des Rechts der Nachbaren, sondern vielmehr auf den Umfang des Objects, weshalb l. 4. § 5. Dig. huj. tit. gesagt ist, daß die Grenzen mehr den Grundstücken, als den Personen zuerkannt werden. Die Vindikation konnte für die Zwecke der Grenzscheidungsklage nicht gebraucht werden. Sie ist zuvörderst nicht denkbar in dem hier möglichen, ja sogar häufig vorkommenden Falle, in welchem bei dem Mangel äußerer Grenzzeichen die Betheiligten selbst über die Grenzlinie in Ungewißheit gerathen sind, mithin der Provokant, der eine feste Grenze anstrebt, nicht anzugeben vermag, wie weit sein Grundstück sich erstreckt.[3]) Sind aber auch die Parteien über den Um-

1) Adjudicatione dominium nanciscimur . . . per formulam finium regundorum quae est inter vicinos. Ulp. XIX. 18. (bei Rudorff a. a. O. S. 377.) § 7. J. de off. jud. (IV. 17.) Quod autem istis judiciis alicui adjudicatum sit, id statim eius fit, cui adjudicatum est.

2) Rudorff a. a. O. S. 364. — const. 3. Cod. III, 39 — Rescript vom 23. Juni 1798 zu § 18. Thl. I. Tit. 31. A. G. O.

3) Das ist der Fall, auf welchen nach der oben erwähnten älteren Ansicht die Anwendung der actio finium regundorum beschränkt war. — Puchta, Cursus der Institutionen Bd. II. S. 604. — Rudorff a. a. O. S. 366.

fang ihres Eigenthums mit sich einig und nur über die Begrenzung im Streit mit einander, so läßt der Streit sich nur schlichten entweder auf Grund technischer Ermittelungen, wie sie in dem Verfahren auf die rei vindicatio gar nicht liegen, oder aus Rechtsgründen, die aber meist nur das streitige Grenzland betreffen, und da dieses ohne Grenzzeichen nur als Bestandtheil des einen oder anderen Grundstücks erscheint, mittelst der rei vindicatio nicht zur Geltung gebracht werden können.

Dahin gehören die Ermittelungen, ob vorgefundene Zeichen final sind d. h. dem Zweck der Abgrenzung gedient, — ferner: inwieweit sie diese Bedeutung verloren haben, was durch Anerkenntniß der früheren Besitzer,[1]) durch Uebereinkommen der Nachbaren,[2]) durch die Veräußerung einzelner Stücke,[3]) endlich durch rechtsverjährten Besitz des Nachbars darüber hinaus geschehen sein kann. Von dem letzten spricht die const. 6. Cod. III, 39.

> Cunctis molitionibus et machinationibus amputatis decernimus, in finali quaestione non longi temporis, sed triginta tantummodo annorum praescriptionem locum habere.

Darnach hindert der Einwand, daß eine Partei bis zu einem bestimmten wahrnehmbaren Punkte durch dreißig Jahre ihr Grundstück ruhig besessen hat, die Bestimmung der Grenze über diesen Punkt hinaus.

Dies gilt ebenso im Preußischen Recht mit der Maaßgabe, daß, wenn die Grenzen durch Gesetze, Verträge oder rechtskräftige Erkenntnisse klar bestimmt sind, die Befugniß zur Ueberschreitung derselben in der Regel nur durch einen fünfzigjährigen Besitz erworben werden kann.[4])

Dem hieraus sich ergebenden Unterschiede zwischen der Grenzscheidungs- und der Eigenthumsklage gemäß ist der Gebrauch der ersteren durch gewisse Voraussetzungen bedingt.

Die hier streitenden Grundstücke, — es können auch drei und mehrere sein — welche bei uns nur durch den Eigenthümer oder vollständigen Besitzer vertreten werden,[5]) müssen praedia rustica sein,

---

1) l. 11. D. X, 1 in fine.
2) l. 12. D. X, 1.
3) l. 2. Cod. III, 39.
4) §§ 625 ff., 660, 661, 662. Thl. I. Tit. 9. § 374. d. T. A. L. R. Koch, Recht der Forderungen a. a. O. S. 682. — Die Klage auf Ermittelung des wahren Grenzpunktes und auf Abmarkung kann durch Verjährung nicht erlöschen § 373. —
5) § 272. l. 4. § 8. D. h. t. Erkenntniß des Ober-Tribunals in Striethorst's Archiv Bd. 1. S. 249. Außerdem ist nach dem — nicht aufgehobenen — § 387 d. T. die Zuziehung der in den §§ 323—332 genannten Interessenten

d. h. dem Betriebe des Landbaues gewidmet, gleichviel ob sie in ländlicher oder städtischer Feldmark liegen. Wegen eines Raumes zwischen Gebäuden findet die Klage nicht statt.[1]) Dagegen ist sie zulässig, wenn gleich ein Gebäude, ein Baum, ein Bach oder eine sonstige Anlage, — also auch ein Zaun — auf der Grenze steht.[2])

Sie müssen ferner unmittelbar an einander grenzen, daher die Klage ausgeschlossen ist, wo die Grundstücke durch einen öffentlichen Weg oder Fluß geschieden werden.[3])

Sie müssen andrerseits im ausschließenden Eigenthume verschiedener Personen sein: die Klage ist daher nicht anwendbar, wenn die Nachbaren im gemeinschaftlichen Eigenthum sich befinden, oder wenn der Besitzer des einen Grundstückes auch Besitzer (ja nur Mitbesitzer) des anderen ist.[4])

Sodann kann der Gegenstand des Streits immer nur der Theil eines anderen Grundstückes (locus), nicht aber ein anderes selbstständiges Grundstück (fundus) sein. Ob ein Landstück in die eine oder die andere Kategorie gehört, ist in jedem Falle eine thatsächliche Frage, die sich nicht nach dem Umfange, sondern danach beantwortet, ob es bis dahin als eine besondere Parzele gegolten hat oder nicht.[5])

Der Streit über einen fundus hieß im alten Römischen Recht controversia de proprietate und war ebenso von der controversia de loco wie de fine unterschieden. Er fällt in das Gebiet der Vindikation.[6])

Aus dem Vorstehenden ergiebt sich, daß die Grenzscheidungsklage ein selbstständiges Rechtsmittel ist, welches auf Herstellung einer sichtbaren Grenze geht.

---

erforderlich. — Bornemann, Systematische Darstellung des Preuß. Civ. Rechts Bd. IV. S. 71. Dagegen: Koch's Commentar zu § 387 d. T.. — Recht der Ford. S. 675. Im R. R. waren auch der Emphyteuta, Nießbraucher, Pfandrechtsbesitzer legitimirt l. 4. § 9. D. h. t.

1) l. 4 § 10. D. h. t.

2) l. 2. pr. l. 4. § 10. D. h. t. — Rudorff a. a. O. S. 369. Allgem. juristische Zeitung von Elvers und Bender pro 1828 S. 118.

3) l. 4 § 11. l. 5. 6. D. h. t.

4) l. 4 § 6. 7. — Koch, Recht der Forderungen S. 675.

5) l. 60. pr. Dig. de verb. sign. (L, 16) „locus est non fundus, sed portio aliqua fundi, fundus autem integrum aliquid est; — — non etiam magnitudo locum a fundo separat, sed nostra affectio." — § 2. „Sed fundus quidem suos habet fines: locus vero latere potest, quatenus determinetur et definiatur."

6) Rudorff a. a. O. S. 370. — Danach ist in dem in Striethorst's Archiv Bd. I S. 349 vorgetragenen Falle keine Grenzregulirungs-, sondern eine Vindikationsklage vorliegend gewesen.

Es ergiebt sich ferner, daß die Klage praktisch werden kann, bald als Klage auf Feststellung neuer Grenzzeichen, wo solche nicht vorhanden sind, bald als Klage auf Wiederherstellung zerstörter oder verrückter Grenzzeichen, bald als Klage auf Umstellung von Grenzzeichen.

Sodann ergiebt sich, daß auf die Klage über Eigenthum entschieden wird, und daß dagegen auch solche Rechtseinreden zulässig sind, welche die Erweiterung und beziehungsweise die Einschränkung der Eigenthumsrechte betreffen.

Es ergiebt sich endlich, daß die Klage eine Theilung des unter den Parteien streitigen Stücks nicht unter allen Umständen zur Folge hat, und namentlich da nicht, wo Grenzzeichen erweislich vorhanden gewesen oder noch vorhanden sind. Hier ist es Sache dessen, der eine Erweiterung seines Eigenthums über den markirten Grenzpunkt (der als der wahre Grenzpunkt gilt) behauptet, diese nachzuweisen.[1]) Die Beweisfälligkeit des Klägers führt hier zu dessen Abweisung.

Dies ist der Fall, wenn Kläger die Wiederherstellung zerstörter und verrückter oder die Verlegung vorhandener Grenzzeichen an einen anderen Ort verlangt. Wird dagegen von dem Kläger auf die Feststellung neuer Grenzzeichen, da, wo keine vorhanden sind, angetragen,[2]) so tritt, wenn unter Berücksichtigung der von den Parteien darüber gemachten Angaben die wahre Grenzlinie nicht zur Ueberzeugung ermittelt worden, und zwar ohne einen speziell hierauf gerichteten Antrag, vermöge des Rechts jeder Partei auf eine feste Grenze, die Theilung des streitigen Stückes ein.[3])

Was nun zum Schluß die bei Koch: Recht der Forderungen Bd. III. S. 683 angeregte Frage anbelangt, ob Jemand, wenn er einen mißlungenen Vindikationsversuch gemacht hat und das Material nun zur Begründung einer Grenzregulirungsklage gebraucht, mit dem Einwande rechtskräftig entschiedener Sache abgewiesen werden könne, so beantwortet sie sich nach dem Vorgetragenen dahin von selbst, daß zwar das Recht der Grenzscheidung durch die Abweisung eines auf Restitution eines Landstückes gerichteten Anspruchs nicht aufgehoben werden kann, daß aber der Forderung des Klägers res judicata insoweit entgegensteht, als er die Ausdehnung seiner Grenze über das ihm abgesprochene Grundstück hinaus verlangt. –

1) Hoffmann — In welchen Fällen ꝛc. a. a. O. S. 352.
2) Was mittels eines eventuellen Antrages auch in jenen beiden ersterwähnten Fällen geschehen kann. —
3) Hoffmann — ebendas. S. 355.

Danach modifizirt sich die durch das Ober-Tribunal erfolgte Verneinung der Frage in dem Band 38 Seite 379 der Entscheidungen vorgetragenen Rechtsfalle, in welchem die auf diesen Grund gestützte Abweisung der Klage um so weniger gerechtfertigt war, als eine unzulässige Aenderung des Klageantrages gar nicht vorlag.*) —

*) Kläger hatte nämlich mit dem Antrage auf Zusprechung des Eigenthums des Mühlenteichs bis an die Grenze des Grundstückes des Verklagten u. v. w. rechtskräftig abgewiesen, ursprünglich mit dem Antrage wieder geklagt, die Grenze zwischen seinem Grundstücke und dem Mühlenteich zu reguliren und sie in der Linie u. v. w. festzusetzen. Im Audienztermine hatte er dann den event. Antrag gestellt: die Grenze in einer, durch die Beweisaufnahme näher zu ermittelnden Grenzlinie festzusetzen. — Es konnte dies nicht als eine unzulässige Aenderung des Klagepetitums, sondern nur als eine Erläuterung desselben angesehen werden, der es aber nicht einmal bedurfte. — cf. den von Hoffmann vorgetragenen Rechtsfall in dem Archiv für civilistische Praxis Bd. 31. S. 533. und dessen Beurtheilung. —

## Nr. 7.

## Ein zweiter Beitrag zur Conflict-Gesetzgebung.

Von Richard Koch, Gerichts-Assessor und Hülfsrichter bei dem Appellations-Gericht in Halberstadt.

Der anonyme Herr Verfasser des Aufsatzes „Ein Beitrag zur Gesetzgebung über die Competenzconflicte" Jahrgang IV Heft 2 S. 232 dieser „Beiträge," — welcher sich kurzweg für Aufhebung der Gesetze vom 8. April 1847 und 13. Februar 1854 entscheidet, hat das letztere einer eingehenden Besprechung nicht gewürdigt, weil dasselbe „keinen juristischen, sondern nur einen politischen Grund" habe. Es möchte deshalb nicht ohne Interesse sein, daran zu erinnern, daß dieses auch sonst vielfach in der Presse und in der Landesvertretung angefochtene Gesetz doch nicht ganz unvermittelt in der deutschen und preußischen Rechtsgeschichte dasteht, daß es vielmehr die Lösung einer Frage versucht, welche seit langer Zeit Gegenstand der Erörterung in der Wissenschaft und praktischer Experimente in der Gesetzgebung gewesen ist. Man mag den „Grund" des Gesetzes vom 13. Februar 1854 (wiewohl dieser Ausdruck der römischen „Ratio" an Vieldeutigkeit Nichts nachgiebt) einen politischen nennen, dies allein entscheidet nicht über den Werth von Normen des öffentlichen Rechts, bei welchen die Interessen der Gerechtigkeit mit anderen Staatszwecken zu versöhnen sind. Ob das Gesetz in diesem Streben „die

richtige Mitte“ gefunden hat, dies zu entscheiden, sei Kundigeren überlassen. Es möge gestattet sein, in dieser Beziehung auf die neuesten diametral entgegengesetzten Erörterungen hierüber in

> Hartmann (Ober-Staatsanwalt beim Ober-Tribunal), das Verfahren bei Competenz-Conflicten rc. (Berlin 1860) S. 23 f.
>
> und
>
> v. Rönne (Appellationsgerichts-Vicepräsident), das Staatsrecht der preußischen Monarchie. Bd. 2 (Leipzig 1859) S. 359 f.

zu verweisen.*)

Hier soll nur die Dogmen- und rechtsgeschichtliche Seite der Frage näher in's Auge gefaßt werden, wodurch immerhin Entscheidungsgründe nach der einen oder andern Richtung hin gewonnen werden mögen.

Der Streit, welche Behörden, und ob namentlich die ordentlichen Gerichte ohne Weiteres und im ganzen Umfange zur Entscheidung über die Anwendung von Criminalstrafen gegen Beamte und über Civil-Ansprüche Dritter wegen Ueberschreitung der Amtsbefugnisse oder Vernachlässigung der Amtspflichten berufen sein sollen, ist nicht von heute. Derselbe steht vielmehr in engem Zusammenhange mit der Unterscheidung von Justiz- und Regierungs- oder Administrativ-Sachen, welche namentlich seit Auflösung der deutschen Reichsverfassung beträchtlichen Raum in der staatsrechtlichen Literatur einnimmt. Bis zu jenem Zeitpunkte bestand bei dem damaligen privatrechtlichen Charakter der Landeshoheit und der Stellung der Reichsgerichte beinahe Einverständniß unter den deutschen Rechtsgelehrten über einen sehr weiten Begriff der Rechtssachen. Die Rechtsverletzung schlechthin galt als Kennzeichen des Rechtsweges.

> (cf. die Literatur bei v. Pfizer über die Grenzen zwischen Verwaltungs- und Civiljustiz (1828) S. 63; v. Weiler über

---

*) Hartmann a. a. O. hält die gegen das qu. Gesetz erhobenen Angriffe sämmtlich für verfehlt, und findet, „daß ohne das demselben zum Grunde liegende Princip der ganze Organismus der Verwaltung geschwächt, diese selbst vollständig lahm gelegt würde.“ Seiner Ansicht nach wäre der Staat berechtigt, die Erfordernisse der Beamten-Verfolgung noch mehr zu erschweren.

v. Rönne ist entschiedener Gegner des Gesetzes, vermittelst dessen der Polizei-Staat zur vollständigsten Entfaltung gelangen könne. Seiner Meinung nach ist „der wahre Sinn des Beamtenthums für Innehaltung der gesetzlichen Schranken nur dann zu erwarten, wenn dasselbe die Gewißheit hat, daß jeder Uebergriff von dem dadurch Verletzten ohne Beschränkung gerügt, und daß die Entscheidung darüber im völlig freien Rechtswege nach Maßgabe der Gesetze, nicht aber nach einem nur durch subjective Ansichten geleiteten Ermessen gefordert werden kann.“

Verwaltung und Justiz ꝛc. (2. Ausg. 1830) S. 31; **Pfeiffer** praktische Ausführungen Bd. 1 S. 217 f., 237 f., Bd. 3 S. 191; **Stahl**, Rechts- und Staatslehre (2. Aufl.) 2. Abth. S. 498.)

Seit Auflösung des Reichs aber fing das staatliche Princip, zuerst durch **Gönner**, an, sich in der Wissenschaft Geltung zu verschaffen, und es stehen sich seitdem besonders zwei Theorien gegenüber. Die eine setzt das Merkmal des Rechtswegs noch immer im Allgemeinen darein, daß es sich um das verletzte oder bestrittene Dasein einer Privatberechtigung im subjectiven Sinne handelt, gleichviel, welcher Rechtssphäre dieselbe angehörig.

(So: **Pfeiffer**, der besonders Autorität in der gemeinrechtlichen Praxis erlangt hat, a. a. O. Bd. 3 S. 181 f., Bd. 5, S. 201 f.; **Wächter**, Kritische Zeitschrift Bd. 1 (1826) S. 86 f. (Recension der **Weiler**'schen Schrift); **W. H. Puchta**, Beiträge zur Gesetzgebung und Praxis Bd. 1 (1821) S. 202 f.; **Mittermaier** in zahlreichen Aufsätzen des Archivs für die civilistische Praxis; **Zachariä**, deutsches Staats- und Bundesrecht 2. Aufl. (1854) Bd. 2 S. 93, 101 f. und Andere).

Die Anderen beschränken dagegen den Rechtsweg wesentlich auf streitige Rechte aus dem Gebiet des Privatrechts (im objectiven Sinne).

(So: **Gönner**, Entwurf ꝛc (1815) S. 45 f., 114 f; **Weiler** und **Pfizer** in ihren oben citirten Monographieen; **Stahl** a. a. O. S. 446 f., 499; **Gneist**, „das heutige englische Verfassungs- und Verwaltungs-Recht“ 2. Hauptheil (1860) im Schluß-Capitel XII S. 887 f.).

Ungefähr dieselbe Parteistellung, jedoch mit sehr erheblichen Schwankungen, wiederholt sich rücksichtlich der Frage, ob die oben bezeichneten Prozeduren gegen öffentliche Beamte vor die gewöhnlichen Gerichte gehören sollen, und der nahe verwandten, welche Behörde bei Competenz-Streitigkeiten zwischen Verwaltung und Justiz hierüber zu entscheiden habe. Bei beiden Punkten stimmt auch hier die **Gönner**'sche (s. v.) Schule für eine engere Begrenzung des Rechtsweges; insbesondere sollen, was von den Einzelnen verschieden nüancirt wird, in Betreff der Beamten ausschließlich die höheren Verwaltungsbehörden darüber befinden können, ob der Beamte durch seine Amtshandlungen sich verantwortlich gemacht habe.

(**Weiler** a. a. O. S. 18 f., 49 f.; **Pfizer** a. a. O. S. 50 f., 172 f.; **Stahl** a. a. O. S. 464; **Maurenbrecher**, Grundsätze des heut. deutschen Staats-Rechts (1843) S. 328 q. — Anderer Meinung ist allerdings **Gneist** a. a. O. Th. I S. 303 f.).

Unter den principiellen Gegnern herrscht zunächst beinahe Uebereinstimmung darüber, daß die Entscheidung aller wahren Competenzstreitigkeiten den Gerichten, welche in der Sache selbst zu erkennen haben, gebühre.

(cf. Pfeiffer a. a. O. Bd. 3 S. 262 f. und die von ihm citirten Schriftsteller).

Auch erklärt vor Allen Zachariä es für unzweifelhaft gemeinen Rechtens, daß die ordentlichen Gerichte über alle Ausschreitungen der Beamten zu erkennen haben.

(a. a. O. S. 44 f. 58 f.)

Derselben Ansicht sind W. H. Puchta und Pfeiffer vom Standpuncte allgemeiner Rechtsgrundsätze; doch giebt letzterer als particularrechtlich,

(wie auch Zachariä und bezüglich des Strafprozesses für Bayern und Braunschweig, Bluntschli im deutschen Staatswörterbuch Bd. 1 (1857) S. 223 bezeugen),

wie in der Praxis des neuen Staatsrechts befestigt, den Satz zu, daß öffentliche Beamte nicht ohne Erlaubniß der höchsten Regierungsgewalt verfolgt werden können.

(a. a. O. Bd. 3 S. 302 f. 371 f. 379, 394 f. Aehnlich der kürzlich dahingeschiedene Dahlmann, Politik Bd. 1 1847 S. 280)

Grundsätzlich sogar zur entgegengesetzten Partei neigen sich in dieser Specialfrage in mehr oder minder unsicherer Haltung Mittermaier (a. a. O. Bd. 4 S. 323 f. Bd. 12 S. 407) und Wächter (a. a. O. S. 110 f.).

Schon diese kurze Uebersicht des Streitstandes wird genügen, um anzudeuten, welch ein Problem der deutschen Rechtswissenschaft es seit lange gewesen ist, gerade auf diesem Gebiete zwischen widersprechenden Ansprüchen von gleichem Werthe Entscheidung zu treffen. Es ist charakteristisch für die deutsche Art, daß bei uns der Staatsbürger seinen Schutz im ganzen Bereich seiner Befugnisse mit Vorliebe bei den Gerichten sucht, die vor Allen zur Wahrung individueller Rechte berufen sind. Ausdehnung des Rechtsweges haben darum auch, besonders in neuerer Zeit, die liberalen Parteien in Deutschland auf ihre Fahne geschrieben. Im geraden Gegensatz hierzu war es im centralisirten Frankreich eine Forderung der Revolution, welche in dem extravaganten Satze Ausdruck gefunden hat,

„que les juges ne peuvent troubler de quelque manière que ce soit les opérations des corps administratifs.“

(Das Ges. sur l'organisation judiciaire v. 24. August 1790 Tit. II Art. 13 setzt hinzu: ni citer devant eux les administrateurs pour

raison de leurs fonctions — coll. gen. des lois etc. tom. 1. 2ieme partie p. 1365. — So auch mit genauerer Formulirung die Const. v. 22. Frimaire an VIII Art. 75).

Zu einer solchen Eindämmung und „Trockenlegung" der Justiz wird es bei uns, Dank jenem deutschen Sinn für individuelle Freiheit und erworbenes Recht, jener Abneigung gegen die in Frankreich immer erobernder in die Rechtspflege eindringende sogenannte Administrativ-Justiz, nimmermehr kommen. Darum dürfen wir uns aber um so weniger der Erkenntniß verschließen, daß die Gerichte doch nicht nothwendig für alle Streitigkeiten kompetent sind, daß es auch deren solche geben mag, die bei aller Achtung vor der divinarum atque humanarum rerum notitia doch naturgemäß den Gerichten in ihrer heutigen Organisation verschlossen bleiben müssen. Haben wir oben Stimmen deutscher Rechtslehrer vernommen, daß eben die Beamtenverfolgung wegen Amtshandlungen und die hierbei und sonst sich ergebenden wahren Competenzstreitigkeiten wohl zu solchen Dingen zu rechnen seien, so mag jetzt gezeigt werden, daß auch in der vaterländischen Gesetzgebung, seitdem diese mit selbstständigem Leben innerhalb des deutschen Rechtskörpers sich zu regen beginnt, der Zug nach einer von der gewöhnlichen Rechtsverfolgung abweichenden Gestaltung bei Streitigkeiten jener Art deutlich zu erkennen ist.

Schon früh — vor dem Ausgangspuncte, welcher in der an der Spitze dieses Aufsatzes citirten Abhandlung angenommen wird — entsteht das Bedürfniß, die Geschäfte der „Amtskammern" (Verwaltungsbehörden) und „Regierungen" (Justizcollegien) gegen einander abzugrenzen, und jedes Mal ist es die Verantwortung der Beamten, welche zu Zweifeln Anlaß gegeben zu haben scheint. Competenzbestimmungen hierüber finden sich bereits im Edict vom 21. August 1613 und der Neumärkischen K. G. O. vom 11. December 1700 — C. C. M. II. 1. Abth. Nr. 94 S. 219 f. Genauer verweist aber geradezu die V. v. 21. Juni 1713 — ibid. Nr. 131 S. 518 — die Fälle, „wann die Beambten wegen ihrer Function und Ambts-Verrichtung besprochen oder sonst zur Verantwortung deshalb gezogen werden, zur Cammer-Erkänntniß." Dieselbe Bestimmung wiederholt das in der mehrfach erwähnten Abhandlung allegirte Reglement v. 19. Juni 1749 Nr. 10. 26. Durch die hierauf für Competenzstreitigkeiten im Jahre 1756 bewirkte Einrichtung der Jurisdictionscommission

(cf. N. C. C. Tom. II Nr. 10 p. 519; Tom. IV Nr. 26 p. 3055, Nr. 43. p. 3079)

war diese Competenz-Gesetzgebung soweit zum Abschluß gekommen, daß

auch bei der großen Codification des formellen und materiellen Rechts am Ende des Jahrhunderts besondere Bestimmungen über die Verfolgung von Beamten im Straf- und Civilprozesse und über die Zulässigkeit des Rechtswegs überhaupt entbehrlich erschienen. Seitdem aber vom Jahre 1808 ab in immer consequenterer Durchführung der Trennung der Verwaltung von der Justiz die Central- und Provinzialbehörden eine durchgreifende Umformung erfahren haben, ist einmal das eigentliche Competenz-Conflicts-Verfahren allmählich dergestalt geregelt, daß, wie man auch immer über den Werth des Conflicthofs in seiner gegenwärtigen Gestalt denken mag, eine erhebliche Wendung zum Bessern nicht zu verkennen ist.

(cf. darüber Hartmann a. a. O. S. 1 f. und die mehrfach erwähnte Abhandlung von K.)

Sofort in Folge jener Reorganisation, wobei den neu eingerichteten „Regierungen“ im Wesentlichen nur die Hoheitsausübung und die damit zusammenhängenden Streitigkeiten verblieben, machte sich aber auch wiederum das Bedürfniß besonderer Bestimmungen für die Verfolgung der Beamten wegen Amtshandlungen geltend. Solche finden sich denn auch schon in der V. v. 26. December 1808, und sind darunter namentlich die hervorzuheben, daß Untersuchungen gegen Regierungs-Offizianten über bloße Dienstvergehungen von den Gerichten in der Regel nur auf vorherigen Antrag der betreffenden Regierung eingeleitet, daß, wenn Regreß- oder Injurienklagen gegen dergleichen Officianten aus Veranlassung ihres Amts angebracht werden, dies von den Gerichten der betreffenden Regierung bekannt gemacht, und daß bei Prozessen, wobei Fragen des öffentlichen Rechts zur Sprache kommen, Gutachten der Regierung eingeholt werden sollen — Vorschriften, welche sämmtlich in den Anh. z. A. G. O. §§ 49 (zu I, 6 § 8), 102 (zu I, 13 § 8), und § 252 (zu I, 35 § 34), sowie zum Theil in das Ressort-Reglement für die Rheinprovinz v. 20. Juli 1818 — Rh. Sammlg. S. 504 f. — übergegangen sind. —

In Ansehung der Civil-Ansprüche gegen Beamte aus Amtshandlungen bestehen die Vorschriften der cit. V. v. 26. December 1808 im Wesentlichen noch heute zu Recht. Der § 40 derselben ist zwar durch das Gesetz vom 11. Mai 1842 (G. S. S. 192) aufgehoben; dies wiederholte aber zugleich, daß Beschwerden über polizeiliche Verfügungen jeder Art vor die vorgesetzte Dienstbehörde gehören und gestattete den Rechtsweg bezüglich solcher Verfügungen nur ausnahmsweise; insbesondere sollen, wenn eine polizeiliche Verfügung im Wege der Beschwerde als gesetzwidrig oder unzulässig aufgehoben worden, dem Betheiligten

seine Gerechtsame nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen über die Vertretungs-Verbindlichkeit der Beamten vorbehalten bleiben. Wird die Beschwerde versäumt, so steht der Verwaltungsbehörde mithin die Erhebung des Competenzconflicts frei, und es ist hiervon nicht selten Gebrauch gemacht worden.

(cf. Sydow (Appellationsgerichts-Rath) die Zulässigkeit des Rechtswegs und die Competenzconflicte in Preußen (1860) S. 121 f.)

Dagegen fehlten Grenzbestimmungen hinsichtlich anderer als polizeilicher Acte und anderer, als Regreßklagen (z. B. Realklagen). Das Gebiet der Thätigkeit des Competenzconflictshofs in Betreff der Civilansprüche gegen Beamte aus deren Amtshandlungen war mithin ein sehr enges.

Was nun das Strafverfahren betrifft, so hat sich der Satz der V. v. 1808, wann ein Antrag der vorgesetzten Regierung erforderlich sei, lange erhalten. Ja, dessen Umfang ist noch durch die von demselben Standpuncte aus erlassenen Vorschriften des Stempelges. v. 7. März 1822 § 30 (G. S. S. 57), d. Ges. v. 25. April 1835, betr. die im Amte zugefügten Ehrenkränkungen (G. S. S. 50) und vor Allem des Disciplinargesetzes vom 29. März 1844 (G. S. S. 77), erheblich erweitert worden. Das letztere insbesondere verordnet ganz allgemein für alle Civil- und Militairbeamten, daß die gerichtliche Untersuchung wegen eines Amtsverbrechens, d. h. wegen einer nicht bloß im Disciplinarwege zu ahndenden Dienstvergehung, nur auf den Antrag der vorgesetzten Dienstbehörde eingeleitet werden dürfe; in Betreff der gerichtlichen Belangung eines Beamten wegen von ihm im Amte verübter Ehrenkränkungen aber sollte vor Eröffnung der Untersuchung die Dienstbehörde mit der Erklärung darüber gehört werden, ob der Beamte sich einer Ueberschreitung der Amtsbefugnisse schuldig gemacht habe. Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Rechtslage ein wahrer Competenzconflict, also ein Streit, ob eine Ausschreitung oder Vernachlässigung gerichtlich oder nur disciplinarisch zu ahnden, beinahe unmöglich gemacht war, zumal die Grenzen zwischen gemeinen und Amtsverbrechen nicht der Präcision entbehrten. Dagegen hatten zwei, in § 8 d. Ges. v. 29. März 1844 ausdrücklich conservirte Special-Gesetze vom 28. Juni 1834 (G. S. S. 83) und 31. März 1837 (G. S. S. 65) für die Untersuchungen wegen Waffenmißbrauchs gegen Grenz-Aufsichts- und Forst- und Jagd-Beamte dem Competenzconflictverfahren ein neues Feld durch die Vorschrift eröffnet, daß, wenn der gerichtliche Beschluß wegen Einleitung der Untersuchung gegen die zuvor einzuholende Erklärung der Provinzialverwaltungsbehörde ausfalle, die Sache nach Anleitung der über die

Competenzconflicte zwischen Verwaltungsbehörden und Gerichten geltenden Bestimmungen zu erledigen sei. Diese Bestimmungen waren die der Kab.-Ordre vom 30. Juni 1828 nebst ergänzenden Instructionen; indessen hat sich auch der Competenzconflicthof, wiewohl nur selten, jedoch auch noch nach Emanation des Ges. v. 13. Februar 1854 jenen Entscheidungen unterzogen.

cf. Sydow a. a. O. S. 68.

Eine besondere Erwähnung verdienen noch die Verhältnisse der Militairpersonen, welche erst in dieser späten Periode eine umfassende Regelung erfahren haben. Für die strafgerichtliche Verfolgung ist auch hier der Dienstbehörde eine erhebliche Betheiligung gesichert, da die Militairgerichtsbarkeit, welche alle Strafsachen, einschließlich der gerichtlich zu bestrafenden Injurien, der Militairpersonen mit geringen Ausnahmen umfaßt, nur auf Anordnung des Gerichtsherrn, eines höheren Militairvorgesetzten, thätig werden kann (§ 202 d. Strafger.-Ordg. f. d. Heer). Die civilprocessualische Verfolgung von Militairpersonen war dagegen, abgesehen von Anh. § 101 z. A. G. O., militairische Gutachten betreffend, nicht behindert. Doch ist es zuweilen gelungen, den Gerichtshof für Competenzconflicte mit Erfolg Behufs Ausschließung des Rechtswegs über die Frage nach Ueberschreitung der dienstlichen Befugnisse anzugehen.

(cf. Just.-Min.-Blatt 1849 S. 412; 1854 S. 394).

In ein ganz neues Entwickelungs-Stadium trat nun aber diese Angelegenheit mit dem Jahre 1848. Wie schon oben angedeutet, war es damals ganz im Gegensatz zur französischen Revolution von 1789 eine der Forderungen der Bewegungspartei, daß die Verfolgung der Beamten wegen Amtshandlungen in keiner Weise durch die Staatsverwaltung behindert werde.

(So die Frankfurter Reichsverfassung in d. Grundrechten Abschn. VI Art. VII § 160, bei Zachariä a. a. O. S. 45 Note 2, und der Dreikönigsentwurf Art. 158 — Sten. Ber. über die Sitzg. der preuß. 2. Kammer v. 1849/1850 S. 469.)

In Preußen fand dieser Satz zuerst Aufnahme in das Gesetz zum Schutz der persönlichen Freiheit vom 24. September 1848 (G. S.-S. 257) § 9 mit besonderer Beziehung auf die Verletzung der dort gegebenen Vorschriften. Für alle Rechtsverletzungen ist derselbe ausgedrückt in Art. 95 der octroyirten Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 (G. S. S. 375). In der revidirten Verfassungs-Urkunde vom 31. Januar 1850 (G. S. S. 17), welche in Art. 96 die gesetzliche Trennung von Justiz und Verwaltung und in Verbindung mit Art. 110 die

Fortdauer des Gerichtshofs zur Entscheidung der Competenzconflicte gesichert hat, ist an Stelle jenes Art. 95 der Art. 97 getreten, welcher lautet: „Die Bedingungen, unter welchen öffentliche Civil- und Militairbeamte wegen durch Ueberschreitung ihrer Amtsbefugnisse verübter Rechtsverletzungen gerichtlich in Anspruch genommen werden können, bestimmt das Gesetz. Eine vorgängige Genehmigung der vorgesetzten Dienstbehörde darf jedoch nicht verlangt werden."

Unterdessen war durch die Verordnung vom 3. Januar 1849 (G. S. S. 14) das gerichtliche Strafverfahren von dem Einschreiten der neu organisirten Staatsanwaltschaft abhängig gemacht, und die vorläufigen Disciplinar-Verordnungen für richterliche und nicht richterliche Beamte vom 10. und 11. Juli 1849 — G. O. S. 253 f., 271 f. — hatten ausgesprochen, daß bei Amtsverbrechen, wie bei den von Beamten verübten Beleidigungen und Thätlichkeiten das gewöhnliche gerichtliche Verfahren eintrete (ohne der Betheiligung einer andern Behörde zu gedenken). Wie jene Verordnung vom 3. Januar 1849 durch das Gesetz vom 3. Mai 1852 (G. S. S. 209) modificirt und ergänzt wurde, so traten an Stelle der vorläufigen Disciplinarverordnungen die Gesetze vom 7. Mai 1851, betreffend die Dienstvergehen der Richter (G. S. S. 218) und vom 21. Juli 1852, betreffend die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten (G. S. S. 465). Auch diese beiden Gesetze setzen Grenzen zwischen den Disciplinarstrafmitteln und den gerichtlichen Strafen fest, ohne bei Verhängung der letzteren anderen Behörden eine Mitwirkung zu gestatten, und wiederholen eine Bestimmung jener Verordnungen, daß Klagen auf Wiedererstattung oder Schadensersatz aus disciplinarisch gerügten Dienst-Vergehungen vor die Civil-Gerichte gehören; doch sollte in der Befugniß der Aufsichtsbehörden, im Aufsichtswege Beschwerden Abhülfe zu verschaffen oder Beamte zur Erfüllung ihrer Pflichten in einzelnen Sachen anzuhalten, und dabei Alles zu thun, wozu sie nach den bestehenden Gesetzen ermächtigt wären, Nichts geändert werden.

Die in Art. 97 der Verfassungs-Urkunde verheißenen Bedingungen der gerichtlichen Verfolgung von Civil- und Militairbeamten wegen Amtshandlungen brachte endlich das Gesetz vom 13. Februar 1854 — G. S. S. 86 — und hiermit ist denn die Angelegenheit in ihr gegenwärtiges Stadium getreten.*)

Das eigenthümliche Princip dieses Gesetzes (in Fortentwickelung der dadurch nicht beseitigten, oben allegirten Gesetze vom 28. Juni 1834 und 31. März 1837) ist das, daß die vorgesetze Dienstbehörde zwar

---

*) Die specielle Legislationsgeschichte siehe in v. Rönne a. a. O. S. 360 1 a.



nicht mehr ihre vorgängige Genehmigung zu der gerichtlichen Verfolgung des Beamten zu ertheilen hat, daß sie aber, wenn sie glaubt, daß dem Beamten eine zur gerichtlichen Verfolgung geeignete Ueberschreitung seiner Amtsbefugnisse oder Unterlassung einer ihm obliegenden Amtshandlung nicht zur Last falle, den Conflict erheben darf, worüber alsdann in den Formen des Gesetzes vom 8. April 1847 der Gerichtshof für Competenzconflicte entscheidet. Diese Entscheidung erstreckt sich also auf eine materielle Frage:

> ob der Beamte die Grenzen seiner Amtsbefugnisse überschritten, beziehungsweise Handlungen, zu denen ihn sein Amt verpflichtete, unterlassen hat,

während bei eigentlichen Competenzconflicten nur zu entscheiden ist,

> ob über den streitigen Gegenstand die Gerichte oder die Verwaltungsbehörden verfassungsmäßig zur Entscheidung berufen sind.

Wird jene Frage verneint, so ist der an sich zulässige Rechtsweg für unzulässig zu erklären, ohne daß nunmehr eine Verwaltungsbehörde in eine materielle Cognition einzutreten hat. Dasselbe kann nach dem Wortlaut des Gesetzes aber sogar dann geschehen, wenn der Gerichtshof jene materielle Frage bejaht und dessenungeachtet der Ansicht ist, daß vermöge vereinzelter positiver Bestimmungen (wie in der A. Cab.-Ordre vom 14. Mai 1825 Nr. 6 — G. S. S. 149 —) oder allgemeineren Ermessens (cf. J. M. Bl. 1855 S. 130, 1857 S. 428, 1858 S. 77) die Ueberschreitung (Vernachlässigung) sich nicht zur gerichtlichen Verfolgung eigne. Auch in diesen Fällen hat die Entscheidung des Competenzgerichtshofs häufig die Bedeutung eines materiellen (den Kläger — Ankläger — abweisenden) Erkenntnisses, weil die vorgesetzte Dienstbehörde von ihren (Disciplinar-) Befugnissen Gebrauch zu machen keine Veranlassung findet.

Ob der hiermit eingeschlagene Weg ein glücklicher ist, ob nicht namentlich der enge Anschluß an ältere, zum Theil selbst mangelhafte und besonders mit den Grundlagen des heutigen Proceßrechts im Widerspruch stehende gesetzliche Bestimmungen besser zu vermeiden gewesen wäre, ist hier nicht zu entscheiden.*) Soviel aber dürfte klar sein, daß das vorliegende Gesetz nur ein organisches Glied in der Kette lange fortgesetzter Bestrebungen in Gesetzgebung und Wissenschaft ist, der Staatsverwaltung eine die Interessen des Staatsrechts sichernde Mitwirkung

---

*) Gegen den Vorwurf der Verfassungswidrigkeit (v. Rönne a. a. O. S. 361 Note 6, Koch, A. L. R. 2. Ausg. Bd. 4 S. 518 Note 34a), cf. Hartmann a. a. O. S. 24.

bei Verfolgung von Beamten aus Veranlassung ihres Amts einzuräumen. Auch wird man sich bei Durchsicht der einschlagenden Entscheidungen des Competenzconflicthofs

(Sydow a. a. O. S. 156 f.)

der Ueberzeugung nicht erwehren können, daß diese Behörde von den ihr durch das in Rede stehende Gesetz gewährten weiten Befugnissen einen maßvollen Gebrauch gemacht hat. Beachten endlich die betheiligten Dienstbehörden die in dem kürzlich dieserhalb gefaßten Staatsministerialbeschluß angegebenen drei Gesichtspuncte (cf. Allg. Verf. des Herrn Justizministers vom 3. December 1860 J. M. Bl. Nr. 49), so steht zu hoffen, daß allmählich die Klagen über das Gesetz vom 13. Februar 1854 sich mindern, und unbefangene Vorschläge zu Verbesserungen oder zu einer neuen, die Anhänger des Rechtsstaats völlig befriedigenden Lösung des Problems reifen werden. —

---

## Nr. 8.

## Facultative oder obligatorische Civil-Ehe. Soll die Civil-Ehe vor Gericht oder vor der Communalbehörde abgeschlossen werden?

Von dem Stadt- und Kreisrichter Dr. jur. Silberschlag in Magdeburg.

---

Die Civil-Ehe, d. h. eine Ehe, welche nicht vor dem Geistlichen, sondern durch Erklärung vor einem Civilbeamten rechtsgültig abgeschlossen wird, besteht in Preußen außerhalb des Bezirks des Appellationsgerichts zu Köln gegenwärtig nur für die Ehen von Juden und von solchen Personen, welche aus der Evangelischen oder Katholischen Kirche ausgetreten sind und sich entweder zu gar keiner Religionspartei halten oder einer der bloß geduldeten Religionsparteien, z. B. den sogenannten freien Gemeinden oder Deutsch-Katholiken, beigetreten sind. Für den Fall, daß ein Mitglied einer freien Gemeinde eine Person von Evangelischem oder Katholischem Glaubensbekenntniß oder daß ein Christ eine Jüdin heirathen will, ist weder die Eingehung der Civil-Ehe gesetzlich zulässig noch eine Trauung durch Geistliche einer anerkannten Kirche zu erlangen, weshalb derartige Ehen in unserm Staate überhaupt nicht eingegangen werden können.

Die Frage, ob ein anerkennungswerthes Bedürfniß vorhanden sei, den Abschluß derartiger Ehen zwischen Personen verschiedener Glaubensbekenntnisse möglich zu machen, liegt außerhalb der Gränzen unserer Erörterung, welche sich bloß mit der Frage beschäftigen soll, ob und in

wie weit, unter Voraussetzung der Beibehaltung der jetzt in Bezug auf das Eherecht bestehenden materiellen Rechtsvorschriften, ein Bedürfniß vorhanden sei, die Fälle, in welchen Civil-Ehe zulässig ist, zu erweitern und vor welcher Behörde der Abschluß der Civil-Ehe am zweckmäßigsten stattfinde. Die Ausdehnung der Zulässigkeit der Civil-Ehe halten wir nun für höchst wünschenswerth, um die Wiederverheirathung geschiedener Personen in allen den Fällen, in welchen das Gesetz solche gestattet, möglich zu machen. Bekannt ist, daß diese Wiederverheirathung jetzt häufig dadurch unmöglich gemacht wird, daß die Geistlichen sie verweigern. Ein directer Zwang gegen den Geistlichen, der aus Gewissensbedenken oder auf Anweisung seiner geistlichen Obern die Trauung verweigert, ist aus vielen Gründen nicht rathsam, daher bleibt dem Staate kaum etwas anderes übrig, als die Einführung der Civil-Ehe für alle die Fälle, in welchen gesetzliche Hindernisse der Schließung der Ehe nicht entgegenstehen, gleichwohl aber die Trauung Seitens des competenten Geistlichen verweigert wird.

Soll nun aber die Civil-Ehe vor Gericht oder vor der Communalbehörde abgeschlossen werden?

Nach Französischem und Rheinischem Recht erfolgt die bürgerliche Beglaubigung der Ehe, wie überhaupt der Abschluß aller Civilstandsacte, vor dem Communalbeamten. Dagegen ist in unserm Staate durch die Gesetze vom 30. März und 20. Juli 1847 die Beglaubigung der Civilstandsacte der Dissidenten und Juden außer im Bezirke des Appellationsgerichts zu Köln den Gerichten übertragen. Die hierdurch den Gerichten bereits jetzt erwachsene Arbeitslast würde sich noch sehr bedeutend vermehren, wenn man die Fälle, in denen Civil-Ehen zulässig sind, erweitern oder gar die Civil-Ehe obligatorisch machen wollte.

Es sprechen nun, wie uns scheint, die triftigsten Gründe dafür, die bürgerliche Beglaubigung sowohl der Civil-Ehen als aller andern Civilstandsacte nach dem Beispiel des Französischen Rechts nicht den Gerichten sondern den Communalbehörden zu übertragen. Die Aufgabe der Gerichte ist Recht zu sprechen. Alles, was nicht zu dieser Aufgabe gehört, ist ihrem Charakter ursprünglich fremd. Nach unserer jetzigen Gerichts-Verfassung sind freilich die zweiten Abtheilungen der Gerichte fast ausschließlich mit Arbeiten beschäftigt, welche nicht zum eigentlichen Rechtsprechen gehören, jedoch ist längst, namentlich auch in den Motiven der Verordnung vom 2. Januar 1849, anerkannt, daß es wünschenswerth sei, die Gerichte möglichst von den ihrem eigentlichen Berufe fremden Arbeiten zu befreien.

Keinenfalls kann es daher zweckmäßig sein, ihnen jetzt noch die

Beglaubigung der Civilstandsacte, also ein Geschäft zu übertragen, welches mit der Rechtsprechung auch nicht das Allergeringste zu thun hat. Daß die Communalbeamten die Civilstandsacte ebensogut wie die Richter aufnehmen können, beweist seit mehr als 60 Jahren das Beispiel der Rheinprovinz. Die Communalbeamten stehen aber dem Publicum näher als der Richter. So groß die Zahl unserer Richter ist, so sind dieselben doch namentlich für die Landbevölkerung nicht so leicht zu erreichen, als die Communalbeamten. Letztere sind daher nicht bloß ebensogut, sondern wegen ihrer leichtern Zugänglichkeit weit besser als die Richter zur Aufnahme der Civilstandsacte geeignet.

So verbreitet übrigens das Institut der Civil-Ehe ist, so möchte doch mit Ausnahme von Preußen kaum ein Staat existiren, in welchem man den Abschluß der Civil-Ehe den Gerichten übertragen hätte. Zwar ist in England und manchen Staaten Nordamericas der Abschluß der Civil-Ehe vor dem Friedensrichter zulässig, aber der Englische Friedensrichter ist, nach unsern Begriffen betrachtet, mehr Polizei- als richterlicher Beamte.

Doch gehn wir zu der Frage über, ob die Civil-Ehe eine bloß facultative oder obligatorische sein soll! Wir sind entschieden für die *erstere* Alternative. Zwar glauben wir nicht, daß der Würde und *Heiligkeit* der Ehe durch Einführung der obligatorischen Civil-Ehe Abbruch geschehen könnte; gewiß würde in unserm ganzen Staate bei Einführung der obligatorischen Civil-Ehe dasselbe stattfinden, was jetzt in der Rheinprovinz der Fall ist, daß nämlich die kirchliche Trauung bei neun und neunzig unter hundert Ehen nach der bürgerlichen Beglaubigung der Ehe vorgenommen würde; allein es ist unserer Ansicht nach durchaus nicht das Bedürfniß der obligatorischen Civil-Ehe vorhanden. Dieses Bedürfniß erkennen wir nur für die Fälle an, in denen die Geistlichkeit die Trauung geschiedener Personen verweigert; auf 10,000 Ehen kommt nun vielleicht nicht eine, in der eine solche Trauungsweigerung und *daher* das Bedürfniß der Civil-Ehe vorhanden ist. Wozu nun auch bei allen andern Ehen die Beglaubigung vor einem Civilbeamten, d. i. eine Formalität vorschreiben, welche den Betheiligten Kosten und Weitläufigkeiten verursacht? Für den Reichen mögen derartige Kosten unbedeutend sein, aber für die ärmeren Klassen sind sie von der größten Bedeutung.

Daß die kirchlichen Trauungs-Register in unserm Vaterlande bisher mangelhaft geführt seien und daß aus diesem Grunde das Bedürfniß der Einführung der Civil-Ehe vorhanden sei, wird Niemand behaupten wollen; aber für die obligatorische Civil-Ehe wird angeführt, bei der bloß facultativen Civil-Ehe werde die Eingehung der Civil-Ehe nur selten erfolgen und daher in den Augen des Publicums immer mit

einem gewissen Makel verknüpft sein; der Staat dürfe, wenn er einmal die Civil-Ehe gestatte, nicht dulden, daß dieselbe in geringerem Ansehn stehe, als die durch kirchliche Trauung geschlossene Ehe, darum müsse er für alle Ehen die bürgerliche Beglaubigung vorschreiben. Aber unmöglich kann die Rücksicht auf die verhältnißmäßig kleine Zahl der Personen, welche die kirchliche Trauung nicht erhalten wollen oder können, soweit gehn, um ihretwillen die ganze Nation einer kostspieligen und weitläufigen Formalität zu unterwerfen. Auch würde die öffentliche Meinung immer noch einen Unterschied machen zwischen der kleinen Zahl derer, welche bloß eine Civil-Ehe eingehn, und der großen Zahl derer welche nach der Formalität der Civil-Ehe sich noch kirchlich trauen lassen.

Ueberhaupt aber hat der Staat genug gethan, wenn er die Civil-Ehe als ebenso gesetzmäßig wie die durch kirchliche Trauung geschlossene Ehe erklärt. Die Einwirkung auf die öffentliche Meinung liegt außerhalb der Verpflichtung und sogar außerhalb der Macht des Staats, denn die öffentliche Meinung ist vom Staate unabhängig und kann durch ihn nicht bestimmt werden. —

Sehn wir auf das Ausland, so ist in England und verschiedenen Staaten Nordamericas nur die facultative Civil-Ehe eingeführt; die obligatorische Civil-Ehe hat zuerst Frankreich eingeführt. Dies geschah während der Revolution durch Gesetz vom 20. September 1792, also zu einer Zeit, wo die damals herrschende Partei von der heftigsten Feindschaft gegen Kirche und Geistlichkeit beseelt war, und wo die Geistlichkeit auch ihrer Seits die herrschende Partei aufs Heftigste befehdete. Indem man der Geistlichkeit die Beglaubigung der Civilstandsacte nahm, wollte man ihr Ansehn und ihre Bedeutung sowie die Bedeutung der Kirche bei der Nation schwächen.

Wir sind weit entfernt von systematischer Feindschaft gegen das Französische Recht, erkennen vielmehr gern an, daß in dem letzten halben Jahrhundert Deutschland und vorzugsweise Preußen außerordentlich viel Gutes, besonders im Gebiete des Civil- und Criminal-Processes und des materiellen Strafrechts, dem Französischen Rechte entlehnt hat, daß wir auch noch Manches demselben entlehnen könnten und sollten; allein wir dürfen doch nicht blindlings alle Französischen Einrichtungen nachahmen, bloß darum, weil sie in Frankreich einmal Gesetz geworden sind.

Die obligatorische Civil-Ehe scheint uns nun aber gerade ein Institut zu sein, welches bisher unserm Rechte fremd dem Publicum sehr erhebliche Kosten und Weitläufigkeiten verursachen würde, ohne den geringsten Nutzen zu gewähren.

---

## Nr. 9.
## Ueber die rechtlichen Folgen der Weigerung römisch-katholischer Geistlichen, in dem die Ehescheidungsklage vorbereitenden Verfahren amtsthätig zu sein.

Verordn. v. 28. Juni 1844 § 10, 12, 13, 72. Präjudikat des Königl. Ober-Tribunals v. 2. Juni 1856 (Archiv XXI. 275).

Von Reiche in Breslau.

---

Diese Weigerung betrifft zwei unter einander völlig verschiedene Fälle, und hat in jedem derselben ein anderes Motiv und auch ein anderes Objekt.

Der eine Fall bezieht sich auf solche nach den Landesgesetzen gültige Ehen, welche nach den Grundsätzen der katholischen Kirche nicht zu Recht bestehen, z. B. wenn der eine Ehegatte schon verheirathet gewesen und die frühere Ehe auf anderem Wege als durch den Tod getrennt worden ist, oder wenn die Ehegatten in einem zwar nicht nach den Landesgesetzen, wohl aber nach kanonischem Rechte verbotenen Grade verwandt sind.*) Dem römisch-katholischen Geistlichen ist ein solches Bündniß gar keine Ehe, die darin Lebenden sind in seinen Augen nicht wirklich mit einander verheirathet, sondern leben im Konkubinate. Deshalb verweigert er es, die Sühne zu versuchen, natürlich, weil seiner Kirche nicht daran liegen kann, ein solches von ihr nicht gebilligtes, ihr vielmehr anstößiges Verhältniß fortbestehen zu sehen.

Der zweite Fall betrifft die gut-katholischen Ehen (mit Einschluß der Misch-Ehen). Hier pflegt der Sühneversuch nicht verweigert zu werden, und wenn es dennoch geschieht, so ist das ein mißverstandener Eifer, der über sein Ziel hinausschießt. Denn die Ehe gilt der katholischen Kirche als Sakrament, ihre Trennung auf anderem Wege als durch den Tod als Sakrilegium, die Diener dieser Kirche verkennen also das Interesse der Letzteren, wenn sie ihre Mitwirkung versagen, wo es sich darum handelt, das Sakrament der Ehe aufrecht zu erhalten, das Sakrilegium der Ehetrennung durch den weltlichen Richter wo möglich zu hintertreiben. Aber möge nun in einem gegebenen Falle der Sühneversuch wirklich von ihnen angestellt worden sein

---

*) Ein Irrthum ist es, hierher auch die s. g. Misch-Ehe rechnen zu wollen. Diese ist nach den Grundsätzen der katholischen Kirche eine giltige Ehe (matrimonium legitimum, wenn auch nicht ratum).

oder nicht, soviel ist jedenfalls gewiß: die Ausstellung des Attestes über seine Fruchtlosigkeit wird regelmäßig verweigert. Das Motiv ist hier: der Geistliche weiß, daß ein solches Attest zur Scheidung der Ehe durch den weltlichen Richter führen soll, und dazu will er auf keine Weise mitwirken.

In dem ersten Falle wird also

die Anstellung des Sühneversuchs,

in dem zweiten

die Ausstellung eines Attestes über dessen Fruchtlosigkeit

verweigert.

Wie verhalten sich nun Gesetz und Praxis zu diesen beiden Fällen der Weigerung?

Die Verordnung über das Verfahren in Ehesachen vom 28. Juni 1844 bestimmt:

§ 10. Die Ehescheidungsklage kann erst dann angenommen werden, wenn durch ein Attest des kompetenten Geistlichen nachgewiesen wird, daß er auf die Anzeige des Ehegatten, welcher die Scheidung beabsichtigt, die Sühne versucht hat, dieser Versuch aber fruchtlos geblieben ist.

§ 12. Bei gemischten Ehen ist jeder Theil nur vor dem Geistlichen seiner Konfession zu erscheinen verbunden. Das Attest wird in diesem Falle von dem Geistlichen jeder Konfession besonders ausgestellt.

§ 13. Das Attest muß ertheilt werden, wenn seit der an den Geistlichen zuerst ergangenen Anzeige (§ 10) vier Monate verflossen sind, ohne daß die versuchte Sühne zu Stande gekommen ist.

§ 72. Wenn der römisch-katholische Geistliche den Sühneversuch verweigert, weil er die Ehe nicht als kirchlich gültig anerkennt, so vertritt das über diese Weigerung und deren Grund auszustellende Attest die Stelle des Attestes über die Fruchtlosigkeit des Sühneversuchs.

In dem § 13 ist — das läßt sich bei seiner allgemeinen und kategorischen Fassung („das Attest muß ertheilt werden") und bei dem Umstande, daß unmittelbar vorher (im § 12) von den „Misch-Ehen" gesprochen ist, nicht bezweifeln — davon ausgegangen worden, daß kein Geistlicher, auch der römisch-katholische nicht, die Ausstellung des Attestes über Fruchtlosigkeit des Sühneversuchs solle verweigern dürfen, sondern nachdem er vier Monate lang vergeblich bemüht gewesen, die Ehegatten zu versöhnen, dies attestiren müsse, also zur Ausstellung des Attestes darüber gezwungen werden solle. Dies

ist ja auch der vorausgegangenen Vorschrift des § 10 völlig entsprechend. Denn wenn der Staat die Einleitung einer Klage, also die Gewährung des rechtlichen Gehörs, von dem in bestimmter Form vorgeschriebenen Nachweise der vorherigen Befolgung einer gewissen Prozedur abhängig macht, so muß er auch der Parthei die Möglichkeit verschaffen, nicht nur die Prozedur vornehmen zu lassen, sondern auch den Nachweis darüber, daß es geschehen, in der ausdrücklich vorgeschriebenen Form zu führen.

Allein der § 72 der Verordnung beweiset, daß der Gesetzgeber dennoch in einem Falle die Unmöglichkeit der Führung dieses Nachweises vorausgesehen hat, in dem Falle nemlich,

> wenn eine nach den Grundsätzen der katholischen Kirche nicht giltige Ehe vorliegt.

Der § 72 präsupponirt nicht nur, daß der kompetente katholische Geistliche in solchem Falle die Anstellung des Sühneversuchs verweigern werde, und daß in Folge hiervon auch von einem Atteste über dessen Fruchtlosigkeit nicht gesprochen werden könne, sondern erkennt auch an, daß der Geistliche zur Anstellung des Sühneversuchs und folgerecht zur Ertheilung eines Attestes darüber nicht gezwungen werden könne, nimmt also in so weit die Verheißung des § 13 zurück, fügt aber, damit die die Scheidung suchende Parthei nicht darunter leide, daß sie, ohne ihre Schuld, den ihr durch den § 10 auferlegten Nachweis zu führen außer Stande ist, die Bestimmung hinzu:

> daß statt des im § 10 verlangten Attestes das Attest des kompetenten römisch-katholischen Geistlichen:
>
> > keinen Sühneversuch anstellen zu können und zu wollen, weil keine kirchlich-giltige Ehe vorliege,
>
> genügen solle.

Nun fragt man aber zuvörderst mit Recht:

> Was ist die Folge, wenn auch dieses letztere Attest verweigert wird?

Wird dann der Geistliche wenigstens zu diesem Atteste gezwungen? Nach der Fassung des § 72 möchte man annehmen, daß es vom Gesetzgeber beabsichtigt worden sei. Aber in der Praxis stellt sich die Sache anders. Die römisch-katholischen Geistlichen verweigern, mindestens in neuerer Zeit, grundsätzlich jede schriftliche Erklärung, und es wird ein Zwang dieserhalb und insbesondere wegen Ausstellung des

Attestes, den Sühneversuch nicht anstellen zu können und zu wollen, weil keine kirchlich-giltige Ehe vorliege, nicht gegen sie angewendet, kann auch, seitdem in der Verfassungsurkunde die Selbstständigkeit der Kirche garantirt ist, nicht füglich gegen sie angewendet werden.

Es ist somit in dem § 72 der Verordnung eine fühlbare Lücke vorhanden. Wie sie auszufüllen, kann wohl nicht zweifelhaft sein. Nach demselben Principe, auf welchem die in dem § 13 der Verordnung gegebene Verheißung und auf welchem das im § 72 unter theilweiser Zurücknahme dieser Verheißung bestimmte Auskunftsmittel beruhet, dem Principe:

> daß einer Parthei nicht ohne ihre Schuld das rechtliche Gehör versagt werden dürfe,

muß es unbedenklich dahin geschehen:

> daß, falls statt des im § 10 vorgeschriebenen Attestes das im § 72 erwähnte die Stelle des Sühne-Attestes vertretende Attest ebenfalls nicht zu erlangen ist, die Einleitung der Ehescheidungsklage dieserhalb nicht versagt werden dürfe.

Es ist dies aber keineswegs die einzige und auch bei Weitem nicht die erheblichste Lücke im Gesetze.

Der § 72 der Verordnung hat nur den Fall vor Augen, wenn der römisch-katholische Geistliche, weil er die Ehe nicht als eine kirchlich-giltige anerkennt, sich weigert, den Sühneversuch anzustellen und gestattet nur für diesen Fall eine Ausnahme von der Vorschrift des § 10. Weit häufiger aber noch kommt der Fall vor, wo bei gut-katholischen Ehen das Attest über Fruchtlosigkeit des Sühneversuchs verweigert wird, und bekanntlich wird auch in diesem Falle kein Zwang gegen die römisch-katholischen Geistlichen angewendet, es wird also vielmehr auch hier der die Scheidung suchenden Parthei unmöglich gemacht, der Vorschrift des § 10 der Verordnung Genüge zu leisten. Sei es nun, daß man bei Redaktion des Gesetzes jene Weigerung nicht für möglich gehalten, oder daß man wirklich damals beabsichtigt hat, den im § 13 ganz allgemein angedeuteten Zwang auch gegen römisch-katholische Geistliche mindestens in Fällen dieser Art eintreten zu lassen, genug es ist im Gesetze nirgends gesagt, was die Folge davon sein soll, daß das Sühne-Attest auf keine Weise zu erlangen ist, ob:

> die Versagung der Einleitung der Ehescheidungsklage?

oder:

> Umgangnahme von der Vorschrift des § 10?

Es hat aber gewiß kein Bedenken, sich für die letztere Alternative zu entscheiden, und also auch diese Lücke im Gesetze mit Hülfe des oben erwähnten Princips auszufüllen. Kann der Staat die im § 13 gegebene Verheißung vermöge der späteren Verfassungs-Urkunde nicht mehr erfüllen, und wird es dadurch der die Scheidung suchenden Parthei unmöglich gemacht, den im § 10 vorgeschriebenen Nachweis zu führen, so kann nun auch nicht auf Führung dieses Nachweises bestanden werden, weil sonst die Parthei ohne ihre Schuld rechtlos gemacht werden würde.

Uebrigens darf aber auch gewiß die Befreiung der klagenden Parthei nicht weiter ausgedehnt werden, als man eben mittels dieses allgemeinen Princips gelangt, nemlich nur in Ansehung der ihr im § 10 auferlegten Pflicht:

> über fruchtlos stattgehabten geistlichen Sühneversuch den Nachweis in der vorgeschriebenen Form zu führen,

aber keineswegs in Ansehung der ihr durch denselben § 10, mindestens implicite, auferlegten Verpflichtung:

> bei dem kompetenten Geistlichen die Anstellung des Sühneversuchs nachzusuchen.

Denn an Erfüllung dieser Pflicht wird die Parthei durch die Nachsicht des Staats gegen römisch-katholische Geistliche nicht gehindert.

Es würde also z. B. die Ehescheidungsklage eines katholischen Ehegatten, in welcher dieser sagt:

> den geistlichen Sühneversuch habe er nicht erst angestellt, weil ihm das Attest über dessen Fruchtlosigkeit doch verweigert werden würde,

unbedenklich nicht einzuleiten sein. Ebenso würde, wenn der verklagte Theil die in der Klage aufgestellte Behauptung, daß der Sühneversuch bei dem kompetenten römisch-katholischen Geistlichen nachgesucht worden sei, bestreitet und durch Eidesdelation (denn auf andere Weise ist es wohl nicht möglich) den Gegenbeweis antritt, dieser Einwand keineswegs für unerheblich erachtet werden können.

---

In dem Präjudikate des Königl. Ober-Tribunals vom 2. Juni 1856 heißt es wörtlich:

> „Dieser Entscheidung steht auch nicht der Umstand entgegen, daß von dem Kläger die Abhaltung eines geistlichen Sühneversuchs und ein Attest des kompetenten Geistlichen hierüber nicht zu erlangen gewesen. Zwar verordnet der § 10 des Ehescheidungsgesetzes vom 28. Juni 1844:
>
> „„Die Ehescheidungsklage kann erst dann angenommen werden, wenn durch ein Attest des kompetenten Geistlichen nachgewiesen wird, daß

er auf die Anzeige des Ehegatten, welcher die Scheidung beabsichtigt, die Sühne versucht hat, dieser Versuch aber fruchtlos geblieben ist.““

„Im vorliegenden Falle hat aber der kompetente Geistliche, der katholische Pfarrer L., unter dem Schutze seiner Oberen wiederholt die Ausstellung eines Sühne-Attestes mit der Erklärung abgelehnt, daß es nach den Grundsätzen der katholischen Religion über Ehesachen, als Gegenstände eines Sakraments, dem katholischen Seelsorger nicht erlaubt sei, sich behufs eines nahen oder entfernten Ehescheidungsprozesses über Ehedissidien zu äußern. Für diesen Fall müssen die Vorschriften des § 72 a. a. O. analogisch ihre Anwendung finden, und demgemäß muß die Erklärung des Pfarrers L. als die Stelle des Attestes über Fruchtlosigkeit des Sühneversuchs vertretend angesehen werden. Wollte man dies nicht, so würde die Nichteinleitung einer solchen Klage wegen Mangels eines solchen doch nicht zu beschaffenden Attestes in einer Versagung des rechtlichen Gehörs eines katholischen Staatsangehörigen, dessen Klage auf Trennung seiner Ehe nach den Landesgesetzen doch zulässig ist, bestehen, was der Wille des Gesetzgebers nicht gewesen ist und gewesen sein kann.“

Der Natur der Sache nach ist in diesem Präjudikate von den verschiedenen möglichen Fällen der Weigerung nur der speciell dort vorliegende zur Erörterung gezogen. Es ist dies überdies ein solcher, wie er jetzt in der Praxis vielleicht niemals wieder vorkommen wird. Wie man nemlich nach den Entscheidungsgründen annehmen muß, ist in jenem, die Trennung einer gut-katholischen Ehe betreffenden Falle ein Versuch gemacht worden, dem § 13 des Gesetzes Geltung zu verschaffen, und das hat wenigstens soviel bewirkt, daß der Geistliche eine schriftliche Erklärung zu den Akten gegeben hat, freilich nur die Erklärung, das Sühne-Attest nicht ausstellen zu können. Seitdem wird aber ein solcher Versuch, den katholischen Geistlichen zu zwingen, gar nicht mehr gemacht, sondern wenn die klagende Parthei versichert, den Sühneversuch beantragt zu haben, ein Attest darüber aber nicht beschaffen zu können, so wird die Klage ohne Weiteres eingeleitet, also ohne daß überhaupt irgend eine schriftliche Erklärung des kompetenten Geistlichen vorliegt.

Nun mag es dahingestellt bleiben, ob die Ausführung des Königl. Ober-Tribunals:

durch die Erklärung des Pfarrers L., das Attest über den (wie es scheint wirklich stattgehabten) Sühneversuch nicht ausstellen zu können, müsse das im § 10 vorgeschriebene Attest eben so für ersetzt angesehen werden, wie nach § 72 durch die Erklärung die Sühne gar nicht versuchen zu wollen,

sich rechtfertigen läßt, was wohl in so fern sein Bedenken haben möchte, als in dem einen Falle von einer gut-katholischen Ehe und also von

Verweigerung des Sühne-Attestes, in dem andern Falle aber von einer kirchlich nicht giltigen Ehe, also von Verweigerung des Sühneversuchs die Rede ist. Aber soviel ist doch jedenfalls einleuchtend, daß von einer analogen Anwendung des § 72 überhaupt nur mit Rücksicht auf den rein zufälligen Umstand gesprochen werden konnte, daß dort eine Erklärung des katholischen Geistlichen wirklich vorlag. Jetzt aber, wo die römisch-katholischen Geistlichen, wie gesagt, gar keine Erklärung mehr von sich geben, wird man auf das Resultat,

> daß wegen Verweigerung des Sühne-Attestes die Einleitung des Ehescheidungsprozesses nicht versagt werden dürfe,

nicht mittels analoger Anwendung des § 72 der Verordnung, sondern nur dadurch gelangen können, daß man den oben mehrfach allegirten, am Schlusse der Ausführung des Königl. Ober-Tribunals ebenfalls anerkannten, allgemeinen Rechtsgrundsatz direkt (auf § 10) zur Anwendung bringt.

---

## Nr. 10.
## Ueber die Feststellung und Erörterung der Streitpunkte bei Nachlaßregulirungen.

Von dem Kreisrichter Kuhr in Grottkau.

---

Der alte Streit, ob die erste oder die zweite Abtheilung der Kreisgerichte sich der Instruction der bei der Nachlaßregulirung zu Tage kommenden Streitpunkte zu unterziehen hat, dauert noch immer fort, und rechtfertigt daher wohl ein Wort, welches einen Beitrag dazu, um denselben zum Abschluß zu bringen, liefern soll.

Das sogenannte Nachlaßregulirungsverfahren ist, wie bekannt, ein dem Preußischen Prozeßrecht eigenthümliches, allen übrigen Prozeßrechten unbekanntes. Es ist, so wie es sich im 46. Titel der Gerichts-Ordnung und später in der Praxis ausgebildet hat, wesentlich ein Gemisch von Acten freiwilliger Gerichtsbarkeit und prozessualischer Erörterungen und Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten.

Während der ungeschmälerten Geltung der Gerichts-Ordnung und ihrer Instructions-Maxime hatte dieses Verfahren keine Schwierigkeit.

Als aber mit der Verordnung vom 21. Juli 1846 ein neues Verfahren für alle Rechtsstreitigkeiten vorgeschrieben wurde, und § 20 der Verordnung vom 2. Januar 1849 deren Erörterung und Entscheidung (die gesammte streitige Gerichtsbarkeit) einer besonderen Abtheilung, der

Ersten der Gerichte, I. Instanz, überwies, und die unstreitige Gerichtsbarkeit der zweiten Abtheilung zutheilte, kam es darauf an, das Mischverfahren der Nachlaßregulirung diesen neuen Bestimmungen unterzuordnen.

Anerkannt ist und wird vorausgeschickt, daß es nach der Verordnung vom 21. Juli 1846 ein besonderes zur Erörterung der Nachlaßregulirungsstreitigkeiten bestimmtes Proceßverfahren nicht mehr giebt; § 1 eodem behält nur für die dort bemerkten Fälle, unter denen sich der unsrige mit befindet, ein abweichendes Verfahren vor; alle übrigen Rechtsstreitigkeiten sind nach dem ordentlichen, im § 2 seq. vorgeschriebenen Rechtsgang zu behandeln.

Das Königliche Ober-Tribunal sagt nun in einer Entscheidung vom 3. Juni 1853. Striethorst, Archiv Bd. 10 S. 71:

> der Nachlaßrichter muß die streitigen Punkte im Erbregulirungs-Verfahren durch gegenseitige Vernehmung des oder der den Streit erhebenden oder widersprechenden Erbinteressenten erörtern, und dadurch so weit in das Licht stellen, daß die erkennenden Richter (Prozeßrichter) auf den Grund der alsdann erst an sie abzugebenden Verhandlungen einen Audienz-Termin zur mündlichen Verhandlung vor ihnen anzusetzen im Stande sind, — wonächst freilich sie freie Hand haben, darüber zu befinden, ob der Thatbestand schon so weit aufgeklärt ist, um ein Endurtheil erlassen zu können, oder ob und über welche Momente sie selbst noch Beweis erheben wollen.

Dies Urtheil hat gewiß unendlich dazu beigetragen, die Praxis zu verwirren. Einige Gerichte sind sogar so weit gegangen, danach Beweiserhebungen vor der zweiten Abtheilung zuzulassen.

Das Appellationsgericht zu R. hat ganz in Uebereinstimmung mit diesem Urtheil eine specielle Instruktion an seine Gerichte I. Instanz erlassen, und die meisten Gerichte haben sich, so weit unsere Erfahrung reicht, bis in die neuere Zeit diesem Verfahren accommodirt.

Ich greife zunächst zurück auf den anerkannten Satz:

> ein besonderes Prozeßverfahren zur Entscheidung der Rechtsstreitigkeiten bei der Erbtheilung giebt es nach der Verordnung vom 21. Juli 1846 nicht; es findet auf dieselben der ordentliche Prozeß Anwendung.

Das Verfahren kann sich meiner Ansicht nach gleich anfänglich doppelt gestalten:

I. Der Extrahent sieht voraus, daß eine gütliche Verhandlung zu keinem Resultat führen wird, oder er will überhaupt einen Act frei-

williger Gerichtsbarkeit nicht; dann wendet er sich mit einer Erbtheilungsklage direct an den Prozeßrichter, die erste Abtheilung, und nur diese hat auf die Klage, wie auf jede andere, nach vorgängiger Prüfung ihrer Vollständigkeit und Schlüssigkeit, einen Termin zur Klagebeantwortung anzuberaumen, in welchem der oder die beklagten Miterben alle ihre Einreden und sonstigen Einwendungen zu cumuliren haben.

Es wird sich demnächst empfehlen, von dem § 14 der Verordnung Gebrauch zu machen, einen Commissionstermin anzuberaumen und in demselben die streitigen von den unstreitigen Punkten zu sondern und ein Liquidum nach § 15 der A. G. O. Thl. I Tit. 46 festzustellen; sodann aber ist in einem Audienz-Termin über alle streitigen Punkte zu entscheiden, resp. auf Beweisaufnahme zu resolviren. Und wenn sie alle rechtskräftig feststehen, den Erbrezeß, der dann nur eine mechanische Arbeit sein wird, daraus zusammenzustellen.

Das Verfahren ist analogisch dem des Gemeinen Rechts bei der familiae herciscundae actio.

Die Zulässigkeit desselben nach Preußischem Recht ist wohl nicht zweifelhaft, wenngleich einige Gerichte so weit gegangen sind, die Nothwendigkeit eines Vorverfahrens bei der zweiten Abtheilung und die Unzulässigkeit der Klage bis dahin zu behaupten. Diese Ansicht findet in den Gesetzen jedoch nirgends eine Unterstützung.

Koch, der Pr. Civil-Prozeß. Berlin 1848 § 430 S. 78.

II. Der zweite, gewöhnlichere Fall ist der: die Sache wird zunächst als Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit behandelt, der Extrahent hat sich an die zweite Abtheilung gewendet und bei dieser kommen bei Gelegenheit der Erbregulirung Streitigkeiten zu Tage.

Auf diesen Fall bezieht sich die Entscheidung des Ober-Tribunals. Der Deputirte der zweiten Abtheilung soll danach die Streitpunkte so weit erörtern und in das Licht stellen, daß sofort Termin zur mündlichen Verhandlung bei der ersten Abtheilung angesetzt werden kann, und Koch, Prozeß-Ordnung Tit. 46 § 3 Anm. 1. empfiehlt dies Verfahren, wenigstens im Allgemeinen, als das vorzüglichere, ohne jedoch bestimmt darüber sich zu erklären, ob der Prozeßrichter auf diese Vorverhandlungen berechtigt ist, Termin zur mündlichen Verhandlung anzuberaumen, oder ob er zuvor Klagebeantwortungstermin ansetzen muß.

Es braucht hier nicht hervorgehoben zu werden, daß das empfohlene Verfahren bei der zweiten Abtheilung zu keinem Zwecke führt, wenn der betheiligte Interessent auf die Vorladung nicht erscheint, oder im Termine keine Erklärung abgiebt, oder sich nicht deutlich oder nicht vollständig erklärt. Denn der Nachlaßrichter hat kein Recht ihn dazu

anzuhalten, und schwerlich wird irgend ein Prozeßrichter so weit gehen, Contumacialfolgen eintreten zu lassen, weil ein Erbinteressent vor dem Nachlaßrichter zur Instruktion der Sache nicht erschienen ist. Von unsern Gegnern wird zugegeben, daß es nur ein Versuchsverfahren ist. Und die nur zu häufig schwülstigen und unklaren Vernehmungen vor der zweiten Abtheilung in einigermaßen verwickelten Sachen rühren eben von den Bemühungen der Richter her, von den Erbinteressenten Erklärungen zu erlangen, die sie weder erzwingen können, z. B. durch Strafen oder Terminskosten, noch denen sie durch bestimmte Rechtsnachtheile (Contumacialfolgen) eine feste Abgrenzung zu geben vermögen.

Es braucht hier, wie gesagt, nicht darauf hingewiesen zu werden, daß das Verfahren für diejenigen Fälle, für die es doch eigentlich gegeben ist, wo die Interessenten uneinig und widerwillig sind — werthlos ist, denn es führt zu keinem Resultat. Dasselbe ist mit den bestehenden Gesetzen unvereinbar und daher unstatthaft.

Die Verordnung vom 21. Juli 1846 in Verbindung mit der Verordnung vom 1. Juni 1833 schreibt vor, daß auf jede Klage Termin zur Klagebeantwortung (und resp. Replik und Duplik) anzusetzen ist. Dann erst kommt es zur mündlichen Verhandlung.

§ 2, 7 und 9 der Verordnung vom 21. Juli 1846.

Der § 13 eodem gestattet zwar die Kumulirung der Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung in schleunigen und in einfachen Sachen, nach dem Ermessen des Gerichts, aber nie den Wegfall des Klagebeantwortungs-Termins Das Ober-Tribunal verlangt dagegen in der obigen Entscheidung den Wegfall dieses Termins. Darin liegt nach unserer Auffassung eine Entziehung des rechtlichen Gehörs für den Beklagten und ein Widerspruch mit den ersten Grundsätzen des Prozeßrechts.

Das Ober-Tribunal deutet zwar in dem mehrgedachten Erkenntniß an, daß der Klagebeantwortungs-Termin durch die Vernehmung des Beklagten vor der zweiten Abtheilung ersetzt werden könnte. Daß die Verordnung vom 2. Januar 1849 nur eine Anordnung über die Geschäftsvertheilung bei dem competenten Erbschaftsgericht enthalte und auf die Rechte der Partheien keinen Einfluß übe.

Förster hat aber bereits in seinem Werk:

Klage und Einrede nach Preuß. Recht § 102 S. 341

gegen diese Auffassung Einspruch erhoben, die sich denn auch in der That nicht rechtfertigen läßt.

Es leuchtet ein, daß wenn der deputirte Richter der zweiten Abtheilung zuständig zur Abhaltung des Klagebeantwortungs-Termins ist,

er die Interessenten zu demselben auch bei Vermeidung der Contumacialfolgen vorladen kann und muß, und der Prozeßrichter, an den die Sache sodann zur mündlichen Verhandlung abgegeben wird, die Contumacialfolgen auszusprechen hat. Es leuchtet ferner ein, daß der Erbinteressent alle seine Einreden gegen den Anspruch des Gegners im ersten Nachlaßregulirungs-Termin vor der zweiten Abtheilung nach § 14 der Verordnung vom 1. Juni 1833 cumuliren muß, widrigenfalls er bei der späteren mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßrichter damit präcludirt werden muß.

Diese nicht abzuweisenden Consequenzen seines Satzes wird auch das Ober-Tribunal nicht ziehen wollen.

Es würde in der That unerhört sein, wollte man bei einem gewöhnlichen Prozesse, z. B. aus einem Darlehn, die Stelle des Klagebeantwortungs-Termins durch etwelche Erklärung vertreten lassen, welche Kläger und Beklagter vor dem Commissarius zur Aufnahme von Akten freiwilliger Gerichtsbarkeit bei der zweiten Abtheilung abgegeben haben.

Der Grund ist, daß der § 20 der Verordnung nicht bloß eine Geschäftsinstruktion für die Gerichte, als ein Internum enthält, sondern *ein die* Zuständigkeit der einzelnen Abtheilungen im öffentlichen Interesse, und dem Publikum gegenüber, regulirende gesetzliche Bestimmung ist. Ganz ebenso wie § 67 der Verordnung vom 1. Juni 1833 die Competenz der Commissarien für Bagatell-Sachen regulirt, und nach § 5 Nr. 8 der Verordnung vom 14. December 1833 Nichtigkeit eintritt, wenn, wo das Collegium hätte erkennen müssen, der Einzelrichter erkannt hat; ebenso folgt auch Nichtigkeit daraus, wenn sich die zweite Abtheilung der Prozeß-Instruktion oder eines Theils derselben unterzieht.

Es ist keine gültige Klagebeantwortung vorhanden, wenn die zweite Abtheilung sie aufgenommen hat, und wenn der Prozeßrichter dennoch erkennt, so erkennt er ohne Klagebeantwortung, d. h. ohne dem Beklagten *das* rechtliche Gehör gewährt zu haben, und sein Erkenntniß ist mit der Nichtigkeitsbeschwerde (resp. zunächst mit der Appellation) anfechtbar.

Das Verfahren, wie das Erkenntniß vom 3. Juni 1833 es vor dem Nachlaßrichter empfiehlt, und die Instruktion des Appellations-Gerichts zu N. es direct anordnet, ist daher nach meiner Auffassung **nichtig**, und es liegt für die Gerichte Grund genug vor, demselben entschieden entgegen zu treten.

Das Verfahren gestaltet sich vielmehr im obigen zweiten Falle folgendermaßen:

1. Kommen bei Regulirung eines Nachlasses vor der zweiten Abtheilung Streitpunkte unter den Interessenten zu Tage, so kann

der Deputirte den Versuch machen, ob dieselben durch deren Erörterung im gütlichen Wege sich beilegen lassen; kommt es zu keiner Vereinigung so sind

2. die weiteren Verhandlungen sofort dem Prozeßrichter, ohne daß der Deputirte sich auf eine Instruktion der Streitpunkte einzulassen hat, zu überlassen, der, wenn der Anspruch durch den Kläger
   a) bereits genügend substantiirt ist, Termin zur Klagebeantwortung, oder, nach Beschaffenheit der Sache, Termin zur Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung (§ 13 der Verordnung) anzusetzen hat;
   b) wenn die bisherige Erörterung aber noch in irgend welcher Beziehung mangelhaft ist, sie als Klageanmeldung zu behandeln und Termin zur Klagevervollständigung anzuberaumen hat.
3. Danach regulirt sich sodann das weitere Verfahren vor dem Prozeßrichter nach Maßgabe der Vorschriften § 18 sq., der Verordnung vom 1. Juni 1833 und §§ 7, 9 sq. vom 21. Juli 1846.

Ich würde meinen Zweck erreicht haben, wenn ich durch diese Erörterung dazu beigetragen hätte, das Verhältniß der beiden Abtheilungen der Kreisgerichte zu einander in dieser Frage zu klären.

---

## Nr. 11.

## Können Cautionen, deren Höhe nicht bestimmt ist, hypothekarisch eingetragen werden?

Von D.

Diese Frage wird in der Praxis verschieden beantwortet. Manche Gerichte lehnen die Eintragung solcher Cautionen ab, manche nicht. Faßt man die Wichtigkeit der Frage in's Auge, so gereicht diese Verschiedenheit unserer Praxis eben nicht zur Ehre. Wie wichtig die Frage aber ist, mag daraus erhellen, daß ihre Verneinung gleichbedeutend erscheint mit Aufrechthaltung des Zweckes unseres Hypotheken-Wesens, mit ihrer Bejahung hingegen eine Vernichtung dieses Zweckes ausgesprochen wird. Wir glauben daher keiner Entschuldigung zu bedürfen, wenn wir die Frage einer Erörterung unterziehen und für ihre Verneinung in die Schranken treten.

Der Hauptzweck des Preuß. Hypotheken-Wesens geht, wie aus der Einleitung zur Hypotheken-Ordnung zu ersehen, dahin, die Eigenthumsrechte und den Credit der Besitzer unbeweglicher Grundstücke festzustellen und das Publicum bei den darauf gemachten Anlehen zu sichern: er geht, um es kurz zu sagen, auf Herstellung eines Realcredits. Die Erreichung dieses Zweckes ist der Hebel des öffentlichen Verkehrs und des durch diesen bedingten allgemeinen Wohlstandes. Aus diesem Grunde hat unser Hypotheken-Institut eine publicistische Seite. Alles, was den Zweck des Hypotheken-Wesens beeinträchtigt, will der Gesetzgeber fern gehalten, von dem Bereich der Privatdispositionen ausgeschlossen wissen.

Die Mittel, durch welche der Staat diesen Zweck erreicht, sind

die Oeffentlichkeit des Pfandrechts, die Specialität der verpfändeten Sache

und

die Legalität der Rechtsverhältnisse als Bedingung ihrer Eintragungsfähigkeit.

Die Oeffentlichkeit besteht darin, daß das Pfandrecht in Bücher eingetragen wird, die unter Aufsicht und Garantie des Staats geführt werden (Hypothekenbücher). Eben dieser Aufsicht und Garantie wegen soll ihr Inhalt dem Publicum als wahr und zuverlässig gelten. Sie sind so eingerichtet, daß der Realzustand, d. h. die ganze rechtliche Beschaffenheit eines Grundstückes aus ihnen entnommen werden kann. Das Publicum ist in dieser Beziehung gradezu auf die Einsicht des Hypotheken-Buchs hingewiesen. Es kann mithin verlangen, daß diese Einsicht nicht getrübt, daß ihm vielmehr ein klarer, vollständiger Ueberblick über den Realzustand eines Immobile gewährt werde. Daraus folgt, daß es Sache und Pflicht des Hypotheken-Richters ist, dieser Befugniß des Publicums durch Fernhaltung alles dessen, was jener Einsicht hinderlich ist, gerecht zu werden.

Die Specialität beruht darauf, daß es immer eine einzelne bestimmte Sache sein muß, an der das Pfandrecht bestellt wird. Der Pfandgläubiger soll wissen, an welche Sache er sich zu halten hat. Damit ist der Grundsatz der Specialität aber nicht erschöpft; der Gläubiger soll und muß auch wissen, wie weit seine Rechte an der Sache in der Wirklichkeit reichen, wie weit sie durch den Vorzug oder die Concurrenz der Pfandrechte Dritter beschränkt werden. Diese Wissenschaft ist ein Theil der genauen Kenntniß des Pfandgegenstandes; sie ist eine Bedingung der vollständigen Einsicht des Realzustandes eines Grundstückes. Aus dem Hypothekenscheine, welcher den Inhalt des Hypotheken-

Buches genau wiedergibt, soll der Gläubiger mit Zuverlässigkeit ersehen, welche Sicherheit ihm für sein Kapital verschafft worden sei.

§ 170. 171 Tit. II H. O.

Sonach geht das Princip der Specialität mit dem der Oeffentlichkeit Hand in Hand.

Die Legalität legt dem Hypotheken-Richter die Pflicht auf, kein Rechtsverhältniß einzutragen, das den gesetzlichen Vorschriften nicht entspricht. Er soll prüfen, ob bei Vollziehung des Acts, welcher im Hypotheken-Buche vermerkt werden soll, die zu dessen Gültigkeit und Rechtsbeständigkeit vorgeschriebenen Erfordernisse beobachtet und die darüber errichteten Instrumente deutlich, bestimmt und vollständig genug abgefaßt sind. Ist das nicht der Fall, so findet keine Eintragung statt.

§ 13 und 18 a. a. O.

Auf diesen drei Principien beruht die Vortrefflichkeit des Preuß. Hypotheken-Wesens, die Stärke unseres Realcredits. Alles, was an diesen Grundlagen rüttelt, muß vermieden und bekämpft werden. Das Gegentheil aber geschieht durch Eintragung der Cautionen von unbestimmter Höhe; man untergräbt dadurch die Grundpfeiler unseres Realcredits. Die Eintragung steht nicht nur im Widerspruche mit der Absicht unseres Hypotheken-Wesens, sondern auch im Widerspruche mit positiven Vorschriften, wie in den folgenden Zeilen gezeigt werden soll.

Die Cautionen von unbestimmter Höhe, deren Eintragung verlangt wird, entspringen meist aus dem Umstande, daß auch die Rechtsverhältnisse, welche dadurch gesichert werden sollen, keinen festumschriebenen Inhalt haben. Die Dokumente, auf denen sie beruhen, lauten meist folgendermaßen:

„Der Cautionsbesteller erklärt, er sei mit dem Cautionsberechtigten in einen Geschäftsverkehr getreten, werde von demselben baare Vorschüsse entnehmen, Wechsel auf ihn ziehen und andere Geschäfte mit ihm abschließen. Für alles, was er dem Cautionsberechtigten schon schuldig geworden oder noch ferner schuldig werden möchte, die Schuld möge aus einem Grunde entstanden sein, aus welchem sie wolle, bestelle er mit seinem Grundvermögen eine Caution und bewillige die Eintragung."

Aus solchen Dokumenten, für solche angebliche Rechtsgeschäfte — es ist unglaublich, aber wahr — trägt man bei uns Cautionen von unbestimmter Höhe in das Hypothekenbuch ein!

Die Prüfung dieser Dokumente von Seiten ihrer Rechtsbeständigkeit haben wir uns zwar nicht zur Aufgabe gestellt, doch glauben wir es dem Leser schuldig zu sein, den Ausdruck unserer Verwunderung an dieser Stelle zu rechtfertigen.

Wir behaupten nämlich, daß ein Cautions-Dokument von obigem Inhalt an der Nichtigkeit in der stärksten Bedeutung des Worts leidet. Es entspricht auch nicht in einem Punkte den Erfordernissen einer Obligation.

Das Wesen einer Obligation besteht darin, daß uns ein Dritter zu irgend einer Handlung verpflichtet wird.

L. 5 pr. D. 44. 7: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum vel praestandum.

Diese Handlung muß natürlich und juristisch möglich und erlaubt sein; ferner muß sie einen Sachwerth haben,

ea enim in obligatione consistere, quae pecunia lui praestarique possunt l. 9 § 2 D. 40, 7.

ein Vermögensinteresse für den Gläubiger.

Aus diesen Requisiten ergibt sich, daß die Handlung ihrer Natur und ihrem Inhalte nach bestimmt sein muß. Wie kann man sonst entscheiden, ob sie natürlich, ob sie juristisch möglich, ob sie erlaubt, ob sie einen Sachwerth, ein Vermögensinteresse hat? Wegen des letzteren Erfordernisses ist denn auch keine Obligation möglich, die auf einen schlechthin unbestimmten Gegenstand gerichtet oder durchaus in die Willkühr des zu Verpflichtenden gestellt ist.

Puchta, Pandecten § 220.

Dieselben Grundsätze finden wir im A. L. R. Auch in ihm sind natürlich oder rechtlich unmögliche, desgleichen unerlaubte Handlungen kein *Gegenstand* eines Forderungsrechts; auch das A. L. R. fordert ein Vermögens-Interesse, mithin einen bestimmten Gegenstand.

Verträge, heißt es im § 71. I. 5 A. L. R., deren Gegenstand sich gar nicht bestimmen läßt, oder deren Bestimmung oder Erfüllung der Willkühr des Verpflichteten lediglich überlassen ist, sind unverbindlich.

Vergl. auch Bornemann, Syst. 2. Ausg. Bd. II S. 220 u. 221.

Legen wir diese Requisite an das oben erwähnte Dokument. Es wird darin gesagt:

1. Der Cautionsbesteller sei mit dem Cautionsberechtigten in einen „Geschäftsverkehr" getreten. Ist Geschäftsverkehr nicht ein reines Abstractum, ohne allen juristisch-faßbaren Inhalt? Kann aber ein reiner Begriff Gegenstand einer Obligation sein? Ebenso verhält es sich mit der Erklärung des Cautionsbestellers, er werde mit dem Cautionsberechtigten noch andere Geschäfte abschließen. Das Abstracte, Unbestimmte ist in diesem Ausdrucke auf eine noch höhere Spitze getrieben.

2. Der Cautionsbesteller werde von dem Cautionsberechtigten auch baare Vorschüsse entnehmen. Wir fragen: Sind baare Vorschüsse gleichbedeutend mit baarem Darlehn? Das läßt sich nicht behaupten;*) denn baare Vorschüsse können auch mit Rücksicht auf künftige Leistungen des Empfängers gegeben werden. Doch angenommen, es sollten hier unter baaren Vorschüssen Darlehne gemeint sein; ist juristisch ein Darlehn denkbar, das seiner Quantität nach ganz unbestimmt gelassen ist? Der Borger ist nach § 658 I. 11. A. L. R. nur schuldig, die schriftlich versprochene Summe anzunehmen; ist diese nicht bestimmt, so fällt jede Verpflichtung zur Annahme weg.
3. Heißt es in dem fraglichen Dokumente, der Cautionsbesteller werde auf den Cautionsberechtigten auch Wechsel ziehen. Durch die Acceptation Seitens des Trassaten wird dieser zunächst, auch dem Aussteller gegenüber, wechselmäßig verpflichtet, der Trassant wird zunächst Berechtigter. Wir fragen: Wer kann ihn zwingen, in dieser Eigenschaft aufzutreten?

Der mitgetheilte Inhalt des Dokuments beruht demnach theils auf Gegenständen, die sich gar nicht bestimmen lassen, theils auf solchen, deren Bestimmung oder Erfüllung lediglich der Willkühr des Verpflichteten überlassen ist. Der Inhalt ist daher nach § 71 I. 5. A. L. R. unverbindlich, nichtig.

Das Dokument enthält aber auch ein Schuldbekenntniß; der Cautionsbesteller bestellt sie auch für das, was er dem Berechtigten schon schuldig geworden. Ist denn auch dieses Schuldbekenntniß ungültig? Ohne Zweifel. Der Gegenstand des Bekenntnisses ist hier eben so vage und unbestimmt; außerdem fehlt es an der causa debendi, welche gleichfalls zur Gültigkeit eines Schuldbekenntnisses erforderlich ist. Man wende hier nicht ein, daß wenn die Contrahenten in einer bestimmten Eigenschaft, z. B. als Kaufleute genannt sind, die Geschäftsverbindung oder der Geschäftsverkehr auf ihr kaufmännisches Geschäft bezogen und beschränkt werden müsse. Diese Beziehung und Beschränkung ist rein willkührlich, läßt die Ungewißheit bestehen und gibt nur zu Zweifeln und Mißverständnissen Veranlassung. Womit befaßt sich heutzutage nicht ein Kaufmann!

Wir wiederholen es demnach, daß diese Cautions-Dokumente durchweg nichtig sind. Sie enthalten keinen rechtsbegründeten Anspruch, die Obligation daraus ist unmöglich und folglich kann auch nie etwas aus

*) Vergl. B. 1 S. 95 dieser „Beiträge.“

ihnen werden. Ist aber das zu versichernde Forderungsrecht unmöglich, so ist es auch die Cautionsbestellung. Denn diese ist accessorischer Natur, sie hängt von dem zu versichernden Rechte ab. Ist dieses, das principale, nichtig, so ist es auch das accessorium, die Caution. Ihre Eintragung ist die Eintragung eines nichtigen Geschäfts, und sie verstößt in arger Weise gegen den oben erwähnten Grundsatz der Legalität. Dieser Verstoß erscheint uns so stark, daß wir die Behauptung nicht umgehen können, es sei die Pflicht eines jeden Hypothekenrichters, die auf Grund solcher Dokumente eingetragenen Cautionen von Amtswegen zu löschen.

Befassen wir uns jetzt mit der Frage, deren Beantwortung wir uns zur eigentlichen Aufgabe gemacht haben, mit der Frage nämlich, ob Cautionen für sonst gültige Ansprüche eingetragen werden können, wenn deren Höhe unbestimmt gelassen ist. Wir haben schon Eingangs gesagt, daß wir für ihre Verneinung auftreten, und stützen dieselbe auf folgende Gründe:

Es ist oben behauptet worden, der Grundsatz der Specialität unseres Hypothekenrechts verlange, daß der Gläubiger nicht nur wisse, an welche Sache er sich zu halten habe, sondern auch Kenntniß davon haben müsse, in welchem Verhältniß sein Pfandrecht zu den an derselben Sache eingeräumten Pfandrechten Dritter stände. Diese Kenntniß ist unerläßlich, weil sie die Grundlage des Realcredits abgibt. Der Gläubiger soll die Sicherheit des Pfandes prüfen können. Hieraus folgt, daß jedes eingetragene Recht einen bestimmten Inhalt, jede Forderung eine bestimmte Höhe haben muß. Auch die Pfandsummen müssen specialisirt sein. Mit der Sicherheit unseres Hypothekenrechts würde es schlimm stehen, wenn man dieses Erforderniß aufgeben wollte. Eine Forderung von unbestimmter Höhe, eine Forderung also, der hinterdrein der winzigste, aber auch der ungemessenste Inhalt gegeben werden kann, macht die Einsicht in den Realzustand eines Grundstücks und folglich den Zweck des Hypotheken-Instituts unmöglich. Dies erscheint so einleuchtend, daß man sich einer Rücksichtslosigkeit gegen den juristischen Verstand schuldig machen würde, wollte man jene Behauptung noch weiter erörtern. Schon die Vernichtung dieses Zweckes muß dahin führen, die Eintragung unbestimmter Summen abzulehnen.

Für die entgegengesetzte Ansicht wird geltend gemacht, daß kein Gesetz existire, welches die Eintragung einer solchen Caution verbiete, und schon deshalb müsse sie gesetzlich zulässig erachtet werden. Aber der Grundsatz, daß das gesetzlich zulässig sei, was durch kein Gesetz ausdrücklich verboten werde, ist im Civilrecht ein durchaus falscher; nur

im Criminalrecht hat er seine Geltung. Im Civilrecht dagegen kann auch etwas durch die Absicht des Gesetzes, durch seinen Zweck verboten sein. Alles, was mit diesem Zwecke nicht vereinbar ist, fällt dann unter das durch den Zweck aufgestellte Verbot. Kann man sich aber ein stärkeres Verbot denken, als das in dem Zwecke und Wesen unserer Hypotheken-Einrichtung gegründete? Wie kann ein Gesetzgeber daran denken, dasjenige zuzulassen, was seiner Absicht geradezu entgegenwirkt? Unser Gesetzgeber ist denn auch so weit von diesem Gedanken entfernt gewesen, daß umgekehrt positive Bestimmungen dafür sprechen, daß die Eintragung der Cautionen von unbestimmter Höhe unzulässig ist.

Es sei uns gestattet, zunächst eine rein formelle Bestimmung zu erwähnen, der gleichwohl ein materielles Gewicht nicht abzusprechen sein dürfte. Der § 23 Tit. I der H. O. gebietet, daß sämmtliche Hypothekenbücher künftig nach dem sub A beiliegenden Schema eingerichtet sein sollten. Das Schema enthält rubr. III nur bestimmte Summen, unter andern sub Nr. 4 eine Caution, welche der Besitzer für den Rendanten Rosemann bei der Königl. Salzcasse zu Liebstadt bestellt hat. Diese Caution ist in Höhe von 1000 Thlrn. bestellt, nicht etwa unbestimmt gelassen. Das Schema sub A soll also zum Muster, zur Norm dienen. Die Hypotheken-Ordnung ist in Bezug auf die Zulässigkeit der Eintragungen lex specialis; cf. Einl. z. H.-O. Was berechtigt, fragen wir, den Hypothekenrichter, von diesem Muster abzugehen? Wir sehen keine Berechtigung.

Ehe wir uns nun die weiteren positiven Vorschriften näher ansehen, mögen uns einige Worte über die Interpretation von Gesetzen gestattet sein. Die verschiedene Beantwortung, die unserer Frage in der Praxis zu Theil wird, läßt darauf schließen, daß das Landrecht in dieser Materie nicht ganz klar sein müsse. Ob das wirklich der Fall, wolle der Leser am Schlusse dieses Aufsatzes entscheiden. So viel wollen wir nun mal den Gegnern, und so viel mögen sie uns einräumen, daß die Absicht des Gesetzgebers bei Erlaß der Hypotheken-Ordnung mit der Eintragung von unbestimmten Cautionen, folglich auch mit den Bestimmungen, aus denen ihre Gesetzlichkeit hergeleitet wird, nicht in Einklang zu bringen ist. Der Gesetzgeber hätte hier mehr gesagt, als er hätte sagen wollen, das Gesetz begriffe mehr Fälle unter sich, als es nach der anzunehmenden Absicht des Gesetzgebers umfassen sollte. Dann ist es allgemeine Rechtsregel, daß das Gesetz auf seinen beabsichtigten Inhalt beschränkt werden muß; es findet die interpretatio restrictiva statt.

Bornemann, Syst. Bd. I S. 69.

Mit diesem Maßstabe wollen wir zuvörderst an die Prüfung derjenigen gesetzlichen Bestimmungen gehen, welche von den Gegnern für die Zulässigkeit der fraglichen Eintragung geltend gemacht werden.

Der § 14. I. 20 A. L. R., so wird ausgeführt, verweise ausdrücklich auf Abschnitt 3 Tit. 14 (von Cautionen und Bürgschaften) hin. Nach § 215—218 ebenda hafte Jemand für allen einem Dritten zu gebenden Credit, und nach § 269 daselbst hafte Jemand für alles, was ein Dritter aus einem gewissen Geschäfte zu zahlen schuldig werden möchte, selbst für den entgangenen Gewinn. Wenn nun für eine solche allgemeine Haftbarkeit unzweifelhaft Hypothek mit rechtlicher Wirkung bestellt werden könne, so folge daraus, daß um so mehr der Creditsuchende oder Gewerbtreibende selbst eine solche unbestimmte und allgemeine Verpflichtung für noch nicht existirende, erst künftig enstehen könnende Verbindlichkeiten übernehmen und durch Eintragung sicher stellen lassen könne.

Gegen diese Ausführung läßt sich im Allgemeinen schon erinnern, daß in den angeführten Stellen nur vom Creditgeben resp. einem gewissen Geschäfte die Rede ist und es sehr gewagt erscheint, aus der Zulässigkeit eines seinem Inhalte nach bestimmten Geschäfts auf die Zulässigkeit von Rechtsverhältnissen zu schließen, die gar keinen faßbaren Inhalt und eben so wenig einen Verpflichteten haben, wie das bei dem oben erwähnten Cautions-Dokumente der Fall ist.

Ferner leidet die Ausführung an einer Dunkelheit der Begriffe, wenigstens für unseren juristischen Verstand. Wir können uns wohl denken, daß Jemand für den Betrag als Bürge haften soll, den einem Dritten zu creditiren er den Gläubiger beauftragt hat. Ebenso ist es uns verständlich, wenn derjenige, welcher für alles zu haften versprochen hat, das der Verpflichtete aus einem gewissen Geschäfte schuldig werden möchte, alle aus dem Geschäfte entstehenden Verbindlichkeiten, selbst den entgangenen Gewinn übernehmen muß. In beiden Fällen entsteht die Verbindlichkeit ja erst dann, wenn wirklich Credit gegeben ist (§ 216) und wenn aus dem gewissen Geschäfte Verbindlichkeiten entstanden sind. Die Verhaftung des Bürgen ist also durch den Inhalt der Hauptforderung begrenzt, von einer unbestimmten, allgemeinen Verpflichtung kann keine Rede sein; wie wir es uns denn auch nicht klar zu machen vermögen, was unter einer unbestimmten, allgemeinen Verpflichtung zu verstehen ist. Das Wort „alles“ im § 269 soll darauf nicht hindeuten; was damit gemeint ist, wird am Schlusse des Paragraphen gesagt; es sind eben die aus dem gewissen Geschäfte entstehenden Verbindlichkeiten nebst Zinsen, Früchten, Kosten, Schäden und entgangenem Gewinn, weiter aber nichts.

Sodann können wir es auch nicht verstehen, wie Jemand eine unbestimmte, allgemeine Verpflichtung für seine eigenen, noch nicht existirenden, erst künftig entstehen könnenden Verbindlichkeiten übernehmen kann. Was soll man sich hier unter der unbestimmten, allgemeinen Verpflichtung denken. Soll es eine Caution, eine Bürgschaft für seine eigene Schuld sein? Und wenn es eine Caution, also die Sicherung einer anderen Verbindlichkeit sein soll, wie erfüllt eine unbestimmte, allgemeine Verpflichtung desselben Schuldners diesen Zweck? Und soll es eine Bürgschaft für die eigene Schuld sein, so fragen wir, hat dieser Begriff in der Jurisprudenz Realität, kann Jemand sein eigener correus sein?

Ferner, wann soll diese unbestimmte, allgemeine Verpflichtung, d. h. eine wirksame Obligation daraus entstehen? Gewiß doch nicht eher, als bis die noch nicht existirende, erst künftig entstehen könnende Verbindlichkeit in's Dasein getreten ist. Denn jene Verpflichtung hat ja nur den Zweck, diese Verbindlichkeit zu sichern. Mit Recht aber bemerkt Suarez, daß es gegen alle principia sei, daß die Sicherheit älter sein könne, als das zu versichernde Recht. Dieses gilt für jede Cautionsbestellung, namentlich aber in dem Falle, wo die Caution durch Einräumung eines Pfandrechts gewährt werden soll. Kein wirksames Pfandrecht kann vor der Forderung, zu deren Sicherheit es dienen soll, existiren. Da nun nach A. L. R. das Hypothekenrecht mit der Eintragung erworben wird (§ 411. I. 20), so behaupten wir, im directen Widerspruche mit der gegnerischen Meinung, daß für noch nicht existirende, erst künftig entstehen könnende Verbindlichkeiten keine Hypothek bestellt und eingetragen werden kann. Diese Behauptung leitet uns zu den speciellen Vorschriften, die nach unserem Dafürhalten eine Widerlegung der gegnerischen Ausführung enthalten.

Die Frage nämlich, in wie fern für künftige Ansprüche Sicherheit durch Pfand oder Hypothek bestellt werden könne, ist in dem § 14. I. 20 A. L. R. entschieden. Derselbe lautet:

> „So weit wegen künftiger Ansprüche Caution gefordert und geleistet werden kann, so weit können dergleichen Ansprüche auch durch Pfand und Hypothek sicher gestellt werden (Tit. 14 § 5—8 Abschn. 3)."

In dieser Gesetzstelle ist durch das Wort „so weit" klar und deutlich ausgesprochen, daß es in Betreff künftiger Ansprüche für die Cautionsforderung und Leistung eine Schranke, eine Grenze gebe. Dieselbe Grenze soll auch in diesem Punkte für das Pfandrecht gelten. Es handelt sich darum, diese Grenze aufzufinden. Sie ist durch das dem § 14 beigefügte Citat gezogen.

Wenn der § 14 ganz allgemein auf den Abschn. 3 Tit. 14 verwiese, wie gegnerischer Seits behauptet wird, so käme man wirklich in Verlegenheit, wo die Grenze zu finden sei. Allein der § 14 verweist nicht auf den Abschn. 3 allein und überhaupt, sondern auch und zwar zunächst auf die §§ 5—8 Tit. 14. Es läßt sich nicht annehmen, daß mit diesem Allegat nichts habe gesagt sein sollen. Was hat denn nun damit gesagt werden sollen?

Die §§ 5—8 stehen unter den Einleitungs-Paragraphen des Tit. 14. Soll eine Einleitung, insbesondere bei einem Gesetze, Sinn und Bedeutung haben, so kann nur angenommen werden, daß sie die allgemeinen leitenden Gesichtspunkte für die nachfolgende Materie aufstellen soll; mit anderen Worten: das Folgende ist von diesem Gesichtspunkte aus zu verstehen und auszulegen. Die Einleitungs-Paragraphen lassen nun u. E. nicht den geringsten Zweifel darüber aufkommen, daß in ihnen nur von Sicherung solcher Rechte die Rede ist, die schon ein Dasein haben oder deren künftiger Anfall durch Gesetz oder Willenserklärungen gesichert ist. Von der Sicherstellung rein künftiger Rechte ist nicht die Rede. Soll die Einleitung nicht nutz- und sinnlos dastehen, *so muß* diese Beschränkung in die folgenden Vorschriften hineingetragen werden, und ein Verlassen dieses Standpunktes ist nur da erlaubt, wo specielle Vorschriften oder die Natur des fraglichen Rechtsverhältnisses ein solches gebieten. Festhalten müssen wir jedoch die Beschränkung der Einleitungs-Paragraphen bei den eigentlichen Cautionen, namentlich bei denen, welche durch Pfand bestellt und in's Hypothekenbuch eingetragen werden sollen. Dafür spricht zunächst der § 178 Tit. 14 Th. I A. L. R. Er spricht nur davon, wie Jemand sich der künftigen Erfüllung der Verbindlichkeit eines Andern versichern oder die Besorgniß künftiger Beeinträchtigungen in seinem gegenwärtigen Eigenthume und Besitze abwenden könne. Es heißt also nicht, daß Jemand sich durch Caution der Erfüllung künftiger Verbindlichkeiten eines Andern versichern könne, sondern es ist von der künftigen E r f ü l l u n g die Rede. Die Verbindlichkeit ist mithin schon da, nur die Erfüllung ist in die Zukunft verlegt.

Das ist falsch, wird man uns vielleicht einwenden. Der § 14. I. 20 spricht ja geradezu von künftigen Ansprüchen und auch die l. 5 pr. D. 20. 1 sagt, es könne auch obligationis futurae nomine eine Sache zur Hypothek gegeben werden. Wir antworten darauf: Das R. R. begreift unter künftigen Rechten nur solche, bei denen die Erfordernisse für die Entstehung schon theilweise vorhanden sind, deren vollkommenes Dasein aber noch, namentlich durch eine Bedingung, suspendirt ist.

P u c h t a a. a. O. § 47 Note a.

Etwas anderes kann unter künftigen Rechten auch wohl nicht gemeint sein, wofern diesem Begriffe nicht alle Brauchbarkeit abgehen soll. Dieses bestätigen denn auch die Stellen, in denen von einer derartigen Pfandbestellung die Rede ist; l. 1. 2. C. 8. 33. Dabei muß aber bemerkt werden, daß auch bei Bestellung eines Pfandes für eine künftige Forderung das Pfandrecht nicht eher entsteht, bis die Forderung selbst ins Leben getreten ist und dasselbe vor diesem Momente nicht wirksam werden kann.

Anders kann sich der Begriff künftiger Rechte auch im A. L. R. nicht gestalten. Auch in ihm muß das Recht, welches gesichert werden soll, entweder schon existent geworden, oder die Erfordernisse seiner Entstehung müssen schon theilweise vorhanden sein. Dazu tritt dann noch folgender Gesichtspunkt:

Der § 178 l. c. sagt auch, daß durch Caution die Besorgniß künftiger Beeinträchtigung im gegenwärtigen Eigenthume und Besitze abgewendet werden könne. Diese Vorschrift hat die gemeinrechtliche cautio damni infecti vor Augen, setzt also die Quelle der Beschädigung, nämlich mangelhafte Beschaffenheit des Hauses oder einer sonstigen Vorrichtung voraus, wie das denn schon in dem Worte „Besorgniß" *liegt.* Das zu versichernde Recht muß also wenigstens einen juristischen Boden haben, auf welchen der Keim zu demselben gelegt ist.

In dieser Begrenzung nun ist von künftigen Ansprüchen in den §§ 5—8 Tit. 14 die Rede, und indem der § 14 auch auf diese Paragraphen verweist, hat er damit sagen wollen, was er unter künftigen Ansprüchen an dieser Stelle begreife. Der Abschn. 3 ist also mit dieser Limitation citirt und wir halten dafür, daß dadurch die analogische Anwendung aller Paragraphen aus der Lehre von der Bürgschaft, insofern darin eine Verhaftung für künftig entstehen könnende Verbindlichkeiten, ausgeschlossen ist.

Mit der von uns gegebenen Interpretation stimmt auch

Koch, Lehrbuch § 365

überein. Das Unterpfandsrecht, sagt er, ist nicht selbst Zweck, wie jedes andere dingliche Recht, sondern es hat nur eine accessorische Natur und den Zweck der Sicherheit. Deshalb ist erforderlich: I. eine gültige Obligation. Diese kann entweder schon vorhanden oder eine künftig erst entstehende sein; hinsichtlich der letzteren aber muß das Rechtsverhältniß, aus welchem die Forderung entstehen soll, entweder als schon vorhanden oder doch als hypothetisch bestimmt bezeichnet sein; eine Unterpfandsbestellung für Forderungen aus „künftigen Geschäften" oder „Geschäftsverbindungen" hat nicht das Erforderniß eines rechtsbegründeten Anspruchs.

Dabei citirt Koch die §§ 11 und 14. I. 20 A. L. R. (Worte: „So weit,") verbunden mit Tit. 14 §§ 5 - 8, wo ausdrücklich ein schon bestehendes Rechtsverhältniß vorausgesetzt werde. Ein solches ist weder in den §§ 215—218, noch in dem § 269 a. a. O., es entsteht ja erst mit dem Creditgeben resp. mit den Verbindlichkeiten aus dem gewissen Geschäfte; bis zu diesem Zeitpunkte steht die Bürgschaft, um uns so auszudrücken, bloß auf dem Papiere, und dafür kann kein Pfandrecht bestellt und eingetragen werden.

Zu dieser Ueberzeugung gelangt man nicht minder, wenn man diese Paragraphen in Hinblick auf den Grund und Zweck des Hypothekenwesens auslegt. Würde dieser, oben näher angegebene Zweck, nicht gradezu vernichtet werden, wollte man die Eintragung von Hypotheken gestatten, bei denen man gar noch nicht weiß, ob sie überhaupt existent werden und welchen Umfang sie erhalten werden? Hat man also nicht allen Grund, hier stricte zu interpretiren und unter die hypothekarischen Eintragungen nur solche Fälle aufzunehmen, bei denen der Zweck des Hypothekenwesens bestehen kann? Sollte man endlich nicht schon vor der Widersinnigkeit zurückschrecken, die darin liegt, daß man eher ein Hypothekenrecht hat, als die zu versichernde Forderung, das accessorium also vor dem principale, wenn behauptet wird, es könne für die Erklärung im § 213 und für das Versprechen im § 269 I. 14 A. L. R. sofort eine Hypothek eingetragen werden?

Unter diesen Umständen hat uns die Berufung der Gegner auf die §§ 213—218 und 269 l. c. durchaus nicht von der Zulässigkeit der Eintragung unbestimmter Cautionen überzeugen können. Die behauptete Unzweifelhaftigkeit in Betreff der hypothekarischen Eintragung der aus jenen Paragraphen entstehenden Verbindlichkeiten ist mithin nicht vorhanden, ihre Annahme ist eine reine petitio principii.

Sie berufen sich weiterhin auf die §§ 485 und 486. I. 20 A. L. R. Diese lauten:

§ 485. „Hat Jemand mit seinem Grundstück Caution für sein eigenes Amt bestellt, so haftet das Grundstück auch für die Kosten der Ausmittelung des Defects."

§ 486. „Ist diese Caution auf ein gewisses Quantum eingeschränkt, so haben die Kosten nur so weit, als sie aus diesem Quanto mit bestritten werden können, ein dingliches Recht."

Indem dieser letztere Paragraph des Falles gedenkt, daß die Caution auf ein gewisses Quantum eingeschränkt worden, schließt man per argumentum a contrario, daß diese Beschränkung auf ein gewisses Quantum auch nicht stattzufinden brauche.

Dagegen muß zunächst erinnert werden, daß es mit diesem argumentum immer etwas bedenkliches hat und es nur mit Vorsicht anzuwenden ist. Es ist nur da am Platze, wo deutlich erhellt, daß der Gesetzgeber, indem er eine bestimmte Schranke zog, hat sagen wollen, daß außerhalb dieser Schranke das Gegentheil gelten solle. Dies kann hier um so weniger angenommen werden, als der eigentliche dispositive Theil des § 486 nur die Bestimmung zum Gegenstande hat: in wie weit die Hypothek auch für die Kosten der Ausmittelung des Defects hafte. Der Ausdruck „gewisses Quantum“ scheint uns gar nicht im Gegensatze zu „unbestimmtes Quantum“ gedacht zu sein, sondern im Verhältniß zu der Frage: in wie weit alsdann die Hypothek für die Kosten hafte.

Wollten wir aber auch die Anwendung des argumentum a contrario beim citirten Paragraphen zugeben, so müßten wir doch bestreiten, daß man gegenwärtig noch Gebrauch davon machen könnte. Die Allerhöchste Cabinets-Ordre vom 11. Februar 1832 bezeichnet es nämlich als einen Mangel, daß allgemeine und bestimmte Vorschriften über die Höhe der Dienstcautionen nicht vorhanden seien. Für die Cassen- und Magazin-Rendanten ist dieser Mangel durch die erwähnte Cabinets-Ordre beseitigt, indem sie die Höhe der Cautionen normirt. Wir sind der Meinung, daß der § 486 überhaupt dadurch beseitigt ist. Denn weshalb sollte nicht bei anderen Beamten ein Mangel sein, was als ein solcher bei Cassen- und Magazin-Beamten bezeichnet ist. Nebenbei ist folgendes nicht zu übersehen:

Amtscautionen sind ein Rechtsinstitut von ganz singulärer Natur. Sie beruhen auf einem staatlichen Interesse und haben diesem ihre Entstehung zu verdanken. Von ihnen gilt daher, was in der l. 162 D. 50. 17 gesagt wird:

> Quae propter necessitatem recepta sunt, non debent ad argumentum trahi.

Was singulärer Natur ist, kann nicht analogisch angewendet werden; l. 14 D. 1. 3. Eine analogische Anwendung ist nur in den Fällen gestattet, quae tendunt ad eandem utilitatem (l. 13. D. eod.), und deswegen müssen wir uns auch gegen den Beweis, den man aus dem § 486 herholt, auflehnen.

Endlich wird für die Zulässigkeit der Eintragung unbestimmter Cautionen noch folgender Grund angeführt:

Der Eigenthümer einer Sache könne dieselbe verkaufen, verschenken und bis auf den letzten Pfenning ihres Werthes mit Schulden belasten. Daraus folge aber, daß es ihm auch freistehe, den Werth einer Sache,

also den Realcredit durch Constituirung einer unbestimmten Caution auf einmal zu erschöpfen. Freilich würde das Hypothekenfolium auf diese Art geschlossen, aber der Cautionsbesteller und Berechtigte brauchten sich ja nur zu berechnen und an der Stelle der Caution die bestimmte Summe aus der Rechnung eintragen zu lassen. Dann öffnete sich das Hypothekenfolium wieder von selbst.

Diese Deduction bekundet ein vollkommenes Mißverständniß unserer Hypotheken-Verfassung. Diese hat, wie schon früher bemerkt, eine publicistische, den Privatdispositionen unzugängliche Seite. Es steht nicht in der Macht des Gläubigers oder Besitzers, das Folium beliebig zu schließen. Dies ergiebt sich aus dem § 439 I. 20 A. L. R., der ausdrücklich bestimmt, daß der Vertrag, es solle die Sache keinem Andern mehr zur Hypothek verschrieben werden, ohne rechtliche Wirkung sei. Wäre obige Folgerung richtig, so hätte dieser Paragraph gar nicht gegeben werden können, da Verträge ebensogut wieder aufgehoben werden können und es dadurch möglich würde, das durch den Vertrag geschlossene Folium wieder zu öffnen. Allein das Gesetz, dem es um Schaffung eines Realcredits zu thun ist, will von einem solchen *zeitweisen* Versperren des Realcredits nichts wissen, und in der That ist *eine* Procedur, wonach man das Hypothekenfolium, um uns so auszudrücken, bald auf's Trockene legen, bald wieder flott machen kann, unserer Hypothekenverfassung ganz und gar unbekannt. Keinem Hypothekenrichter wird es einfallen, nach der Eintragung unbestimmter Cautionen fernere Eintragungen von Schulden abzulehnen. Und was das Oeffnen des Foliums durch Eintragung der bestimmten, sich aus der Rechnung ergebenden Summe betrifft, so fußt die Behauptung auf der willkührlichen Annahme, daß das ganze Geschäft nunmehr in ein bestimmtes umgewandelt werde. Wie aber, wenn die Parteien den Geschäftsverkehr noch fortsetzen und es ihnen beliebt, von Zeit zu Zeit abzurechnen und bei der jedesmaligen Abrechnung die sich ergebende Summe eingetragen wird? Bleibt da nicht das Folium nach wie vor verschlossen, und liegt in dem Fortbestehen des Geschäftsverkehrs nicht außerdem eine Umgehung des § 439 l. c.?

Nachdem wir so die Gründe der Gegner geprüft und zurückgewiesen haben, wollen wir diejenigen Bestimmungen des A. L. R. vorführen, welche eine positive Entscheidung der in Rede stehenden Frage und zwar für ihre Verneinung enthalten: es sind die §§ 187 und 188. I. 14 A. L. R. In diesen Paragraphen wird auf das Erforderniß der Höhe der Cautionen mit Bestimmtheit hingewiesen. Im § 187 heißt es, daß die Höhe einer gesetzlichen Caution durch richterliches Ermessen festgestellt

werden solle. Der § 188 bespricht die Zulänglichkeit der Caution in dem Verhältniß des Werthes des verpfändeten Grundstücks, setzt also einen Maßstab für die Caution, d. h. deren Höhe voraus. Die Gegner unserer Ansicht vermögen dies nicht in Abrede zu stellen; allein sie behaupten, der § 188 bezöge sich nur auf gesetzliche Cautionen, nicht auf solche, die auf einem Vertrage beruhten; wenn mithin auch gesetzliche Cautionen stets der Höhe nach bestimmt sein müßten, so falle dies doch bei vertragsmäßigen weg. Unsererseits wird indeß behauptet, daß der § 188 sich auch auf vertragsmäßige Cautionen bezieht und glauben wir, diese Ansicht mit folgenden Gründen belegen zu können:

1. Der § 179 a. a. O. leitet die folgenden Paragraphen ein, indem er als die Quelle der Cautionsberechtigung nicht allein das Gesetz, sondern auch Willenserklärungen nennt. Die Erwähnung der letztern Quelle, wenn die folgenden Paragraphen sich nicht mit darauf beziehen sollten, wäre um so unnützer gewesen, als diese Quelle im § 197 nochmals genannt wird.

2. Das Marginale zu § 180 lautet zwar „gesetzliche Cautionen," ein Marginal ist aber kein Maßstab für die Interpretation. Das fragliche Marginal geht über den § 180 nicht hinaus, worauf sowohl seine Fassung (er umfaßt durch seine Hinweisung die Quelle der gesetzlichen Cautionen) als auch der Umstand hindeutet, daß in den §§ 180—196 das Wort „gesetzlich" einigen derselben (§§ 186. 195. 196) ausdrücklich beigefügt wird, was nicht nöthig gewesen wäre, wenn es sich auf alle diese Paragraphen hätte erstrecken sollen.

3. Das Bedürfniß, die Idoneität der Cautionen zu bestimmen, tritt sowohl bei den vertragsmäßigen, als bei den gesetzlichen ein; ihre Beurtheilung setzt aber die Angabe der Höhe der Caution voraus.

4. Mit der gesetzlichen Quelle der Cautionen kann immer die vertragsmäßige concurriren. So steht z. B. nichts im Wege, die cautio usufructuaria durch einen Vertrag zu begründen; alsdann ist der Vertrag maßgebend. Sollte für diesen Fall der § 188 wohl außer Anwendung zu lassen sein? Gewiß nicht.

5. Die Quelle der Caution, sie sei Gesetz oder Vertrag, geben derselben keine andere rechtliche Natur; wie sollte der Gesetzgeber dazu kommen, bei der einen die Höhe zu verlangen, bei der anderen sie preis zu geben.

6. In den §§ 188 f. ist vorzüglich von Cautionen durch Bürgen oder Pfand die Rede. Wir möchten sagen, daß diese mehr auf dem Gebiete der vertragsmäßigen, als gesetzlichen Cautionen liegen. Die allgemeine Fassung dieser Paragraphen schließt eine Beschränkung auf die gesetzlichen Cautionen aus.

Muß hiernach der § 188 auch auf vertragsmäßige Cautionen bezogen werden, so ist damit der Beweis geführt, daß die Höhe der Cautionen stets bestimmt sein müsse. Und diesem Beweise gegenüber kann man sich nicht auf den § 486. I. 20 A. L. R., wenn man ihm auch noch eine beschränkte Gültigkeit beilegen wollte, berufen; er sinkt höchstens auf eine Ausnahme von der Regel herab, vermag aber die Regel selbst nicht umzustoßen.

Auf das Sprichwort gestützt, daß Beispiele besser ziehen, als Worte, wollen wir schließlich ein Beispiel aus der Praxis anführen, das die Ungebührlichkeit der Eintragung unbestimmter Cautionen in ein helles, aber beizendes Licht setzt.

Ein Gutsbesitzer, der die Anlegung einer Brennerei beabsichtigte, ohne derzeit die Mittel zur Disposition zu haben, trat zu diesem Zwecke mit einem Kaufmann in einen „Geschäftsverkehr," erklärte, von demselben Vorschüsse u. s. w. entnehmen zu wollen und bestellte für dieses und allen Schaden eine unbestimmte Caution, die auf sein Grundvermögen eingetragen wurde.

Der Gutsbesitzer nahm demnächst noch bei verschiedenen Personen Darlehen, zur Höhe von mehr als 10,000 Thlr. auf, die ebenfalls hinter der Caution eingetragen wurden. Nach mehreren Jahren rechneten der Gutsbesitzer und der Kaufmann zum erstenmale ab und stellte sich das Guthaben des Letzteren auf 20,000 Thlr. heraus, die an die Stelle, wo die Caution stand, eingetragen wurden. Dabei blieb der Geschäftsverkehr vor wie nach bestehen. Die Sicherheit der nachher eingetragenen Gläubiger wurde also in der Wirklichkeit um 20,000 Thlr. verschlechtert und das Ende dieser Verschlechterung war noch gar nicht abzusehen.

Wie stimmt ein solches Verfahren zu der Entscheidung, die in l. 11 pr. D. 20. 4 gegeben wird?

> Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata, licet ab hoc postea accepit; poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

Wer also das Darlehn zuerst gegeben hat, geht mit seinem dafür bestellten Pfandrechte dem vor, der sich bei Abschluß eines pactum de mutuo dando ein solches bestellt hat, auch wenn in Folge dieses pactum das Darlehn später wirklich gegeben ist.

So ist die Entscheidung des römischen Juristen und sie dringt sich jedem rationell gebildeten Juristen als die einzig richtige auf. Und was thun wir? Durch Eintragung von Cautionen für ganz unbestimmte,

ihrer Existenz nach noch ganz ungewisse Rechtsgeschäfte schaffen wir Pfandrechte, die denen für wirklich entstandene, noch so begründete Forderungen bestellten vorgehen, auch selbst, wenn die Forderung, wofür jene Caution bestellt ist, erst nach diesen ins Dasein getreten ist. Wo bei einem solchen Verfahren der Zweck unseres Hypotheken-Wesens bleibt, wie es mit der Sicherheit der Hypotheken-Forderungen und dem Realcredit zu stehen kommt? die Antwort darauf wollen wir dem geneigten Leser überlassen und uns nur die Bemerkung erlauben, daß, wenn ein solches Verfahren zulässig wäre, wir den gänzlichen Mangel von Hypothekenbüchern vorziehen würden. Es würde dann wenigstens das Gute erzielt, daß das Publicum durch den Glauben des Hypothekenbuchs nicht hinter das Licht geführt und schließlich betrogen wird.

Aus allen diesen Gründen können wir uns nicht laut genug gegen die Eintragung unbestimmter Cautionen erklären. Wir können nicht umhin, den Gerichten, welche unbestimmte Cautionen eintragen, den Rath zu geben, von dieser Praxis abzugehen. Die daraus entstehende Verantwortlichkeit ist sehr groß; für unsere Schultern ist sie zu schwer. Auf diese leidige Praxis können wir es nur zurückführen, wenn das Gesetz vom 24. Mai 1853 § 22 der Hypotheken von unbestimmter Höhe erwähnt. Wir hoffen nicht, daß man uns zur Widerlegung unserer Ansicht auf diese, überdies in einer bedingten Fassung gegebene Stelle verweisen wird.

Wir schließen mit dem Wunsche, daß dieser Aufsatz die entgegengesetzte Praxis wenigstens aus der Sicherheit aufrütteln möge, in der sie sich eingewiegt zu haben scheint. Möge er Veranlassung sein, die Frage einer weiteren und gründlicheren Besprechung zu unterziehen, als unsere schwachen Kräfte haben geben können. Die Sache ist wichtig genug, um auch eines hervorragenden Talents würdig zu erscheinen.

# Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von J. A. Gruchot.

## Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 7.

## Von Gewahrsam und Besitz.

(Fortsetzung.)

### Erwerbung des Besitzes von Rechten.

Vergl. die Abhandlung von Korte, oben S. 113 f.

§ 77.

Gaj. l. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): .... Dare autem (usumfructum) intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur utifrui.

„Rechte, die vom Besitz einer körperlichen Sache abhängen, sind als tradirt anzusehen, sobald die körperliche Sache selbst übergeben ist."
Gersterding, Lehre vom Eigenthum S. 177.

„Zur Ausübung mancher Rechte gehört die Detention der Sache: Hier wird der Quasibesitz erworben mit der Apprehension des natürlichen Besitzes der Sache, den Animus vorausgesetzt. So bei der Superficies und den Personalservituten."
Puchta, Vorlesungen B. 1 S. 273.

§ 78.

Javolen. l. 20 D. de servit. (8, 1): Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, per te non fieri, quo minus eo jure uti possim, quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.
Ulp. l. 11 § 1 D. de publ. in rem act. (6, 2): Si de usufructu agatur tradito, Publiciana datur; itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis, vel per patientiam, forte si per domum quis suam passus est aquaeductum transduci; item rusticorum; nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

„Wie bei unkörperlichen Sachen ein Analogon des Besitzes möglich ist, und in der Ausübung des Rechts besteht, also ist bei Rechten auch ein Analogon der Uebergabe, eine s. g. Quasi-Tradition möglich. Sollen nämlich dingliche Rechte, z. B. Servituten, in Folge eines Vertrags erworben werden, so vertritt die einmalige Ausübung

des Rechts, mit Vorwissen und ohne Widerspruch des Andern, also exercitium juris auf der einen Seite und patientia auf der andern, die Stelle der Tradition."

Gersterding a. a. O. S. 176.

„Der Erwerb des Quasibesitzes bestimmt sich analog dem der corporis possessio, er besteht auch hier in der Hervorbringung beider Elemente des Besitzes in der Person des Erwerbers: Apprehension und animus. Jenes ist der äußere Act der Ausübung, dieses der auf die Ausübung des Rechts gerichtete Wille, nicht die Meinung, aber die Behauptung des Rechts, sei es bona oder mala fide." *)

Puchta a. a. O. S. 273.

Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch bestimmt:

§ 312..... In den Besitz unkörperlicher Sachen oder Rechte kommt man durch den Gebrauch derselben im eigenen Nahmen."

eines affirmativen Rechts.

§ 80. Vergl. Korte S. 117 f.

Duncker, die Lehre von den Reallasten § 21 S. 99—101 und Derselbe in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2 S. 57 f. führt im Wesentlichen folgende Sätze aus:

Im Gegensatze vom römischen, kennt das deutsche Recht eine Reihe von dinglichen Rechten, welche nur durch die vermittelnde Concurrenz eines Dritten, welcher seinerseits bestimmte positive Handlungen vorzunehmen hat, ausgeübt werden können. Der Besitz dieser Rechte kann daher auch nur dadurch erworben werden, daß die denselben entsprechenden Handlungen von dem Dritten vorgenommen werden. Die Voraussetzungen, welche den Erwerb des Quasibesitzes bedingen, sind im Allgemeinen dieselben, unter welchen der Besitz überhaupt erworben wird, also corpus und animus. Die erste Voraussetzung ist vorhanden, wenn der, welcher den Besitz erwerben will, sich in der Ausübung des Rechtes befindet, also wenn ihm die auf dem Grundstücke ruhenden Dienste geleistet und die Abgaben entrichtet sind. Der Besitzerwerb des Grundstückes, auf welches das Recht radicirt ist, und des Rechtes selbst haben nichts gemein; daher wird z. B. der Besitz des Zehntrechts nicht erworben durch Einführung des Zehntberechtigten in das zehntpflichtige Grundstück. C. 31 X. de decimis (3, 30). Reichsabsch. v. 1548 § 59. — Einmalige

*) Vergl. auch Brinz, Lehrbuch der Pand. § 30:.... Die natürliche Grundlage des Quasibesitzes ist ein usus juris — nicht gerade eines wirklich bestehenden, sondern allenfalls auch eines angemaßten, oder nur seinem Inhalte nach gewollten Rechtes, ein usus, der nicht nur seine natürlichen Pausen hat, sondern einmal ins Werk gesetzt auch noch einige Zeit nachhalten kann, wobei freilich auch er ex jure mutuatur.......



Leistung ist zur Begründung des factischen Verhältnisses natürlich hinreichend.[1]) Die entgegenstehende, auf l. 1 § 2 de itin. (43, 19) gestützte Ansicht Biener's,[2]) daß der Besitz derjenigen Rechte, deren Ausübung durch die Vornahme unabhängiger Handlungen geschehe, nur dann erworben werde, wenn diese Ausübung an 30 Tagen fortgesetzt sei, beruht offenbar auf einer Verwechselung zwischen dem Erwerb des Besitzes mit den Voraussetzungen, unter denen der Besitz geschützt werden soll..... Die Anerkennung des Rechts von Seiten eines Dritten und seine Zusage, die demselben entsprechende Handlung zu ihrer Zeit vorzunehmen, kann den Erwerb des Besitzes nicht bewirken, weil hierin die zur Begründung des factischen Verhältnisses nothwendige Ausübung des Rechts nicht enthalten ist.... Es fragt sich, ob die Ausübung des Rechts, durch welche der Besitz erworben werden soll, nothwendig auch die wirkliche Vornahme der Handlungen, welche den Inhalt des Rechtes ausmachen, voraussetze. Ein Zinspflichtiger hatte den Zins nicht wirklich geleistet, sondern auf eine Schuld des Zinsberechtigten mit demselben abgerechnet. Chassenäus ist mit Recht der Ansicht, daß von dem Moment der Abrechnung ab der Besitz des Zinsrechtes erworben sei. Hiergegen läßt sich nicht einwenden, daß die Abrechnung freilich rechtlich die Wirkungen der Leistung selbst habe, allein es könne doch die Abrechnung die Stelle der Leistung in dem Falle nicht vertreten, wo dieselbe eben deshalb geschehen müsse, um ein factisches Verhältniß, wie es zur Erlangung des Besitzes nöthig sei, zu begründen; denn die Abrechnung ist nur möglich unter der Voraussetzung, daß der Pflichtige das Recht des Andern anerkennt, welches daher in der That durch die Abrechnung ausgeübt wird. Eher könnte es zweifelhaft erscheinen, ob der Besitz auch dann erworben werde, wenn dem Pflichtigen, der sich bereit erklärte, die Leistung vorzunehmen, dieselbe von dem angeblich Berechtigten erlassen wurde; denn die Erklärung desselben, sein Recht nicht ausüben zu wollen, kann doch als eine Ausübung desselben nicht angesehen werden. Dennoch wird man auch in diesem Falle den Besitz als erworben annehmen müssen.[4])....

---

1) Mevii Decis. VIII. 63: ....existimatum est, ad possessorium — unicum actum sufficere, et ex eo quaesitam esse possessionem, quando consensu debitorum iste actus processerat, et non prius impugnatur, quam cum deinde exactio iteraretur. Ejusmodi actus etsi unicus, si quietus et adprobatus, possessionem transfert, et exorta deinde lite, nihil innovari, sed donec in petitorio de jure quaestio terminabitur, dominus decimarum in exactione simili defendi, et debitor ad eandem condemnari debet. Est ea regulae, ex unico actu possessionem non acquiri, ratio, quod iste de facto absque jure et sine voluntate alterius usurpatus creditur, qui cessat, ubi consensus alterius actui accedit, et per illum iste comprobatur. Iste adsensus et obligat conscientem, et possessionem tribuit accipienti. Quod porro fit, continuatio possessionis est. Quae ubi sequitur ex unico actu, illa recte acquisita intelligitur.

2) Syst. proc. jud. I. 2. § 265.

3) Ad consuet. Burg. rubr. XI. § 1. verb. amende.

4) Vergl. § 654 Tit. 9 Th. I des Allg. Land-Rechts:
„Hat der Verpflichtete die Erklärung des Berechtigten, daß er die Ausübung des Rechts bloß aus Gunst und Nachsicht unterlasse, für bekannt angenommen, so hat dies eben die Wirkung, als wenn das Recht auch in diesem Falle wirklich ausgeübt worden wäre."

Die von dem Dritten vorgenommene Handlung muß aber auch in der Absicht geschehen sein, dem wahren oder angeblichen Rechte des Andern dadurch Genüge zu leisten. Die Entrichtung von Reallasten muß also in der Absicht erfolgt sein, die auf dem Grundstücke ruhende Last dadurch abzuführen. Die Annahme einer Leistung kann nicht an sich, sondern nur dann die Rechte des Besitzes begründen, wenn darin die Ausübung eines dinglichen Rechts enthalten ist. Die Absicht des Besitzers des belasteten Grundstückes, durch die Leistung eine auf demselben haftende Last abzuführen, ist daher deshalb nothwendig, weil eben hierdurch die Leistung ihre Beziehung auf das Grundstück erhält, durch welche die Annahme den Charakter der Ausübung eines dinglichen Rechts annimmt.[1])

Die Anwendung des Besitzbegriffes auf affirmative Rechte stößt auf die Schwierigkeit, daß dieselben ihrer Natur nach nicht sowohl durch eine Thätigkeit des Berechtigten, als vielmehr durch eine Thätigkeit des Verpflichteten in die äußere Erscheinung treten. Es muß daher, um dieses Handeln des (wirklich oder vermeintlich) Verpflichteten als eine Rechtsausübung und somit als Besitz darzustellen, die Beziehung auf ein vorausgesetztes Recht und das Aneignen der in diesem Sinne geschehenen Leistung Seitens des (wirklich oder vermeintlich) Berechtigten erkennbar sein. Ein solches den Quasi-Besitz vermittelnde Moment liegt allerdings am Klarsten vor, wenn die Sache sich so verhält, wie der § 80 d. T. besagt: Der Eine fordert von dem Andern eine Handlung als fortdauernde Schuldigkeit, der Andere leistet diese Handlung wirklich.[2]) Allein in so handgreiflicher Weise gestalten sich die Verhältnisse nur selten; ja es wird überhaupt in den allerwenigsten Fällen die erste Besitz-

---

1) Dieser Darstellung Duncker's folgt fast wörtlich Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon B. 9 S. 78—80.

Vergl. übrigens Bruns, das Recht des Besitzes S. 328—340, Gerber, Syst. des deutschen Privatrechts § 170 Note 4, Beseler, Syst. des deutschen Privatrechts B. 2 S. 36—38.

2) Ein Monent wollte sich sogar hiermit noch nicht zufrieden geben, sondern bemerkte zu dem § 57 des gedruckten Entwurfs (gleichlautend mit § 80 d. T.): „Es ist nicht genug, daß der Andere die geforderte Handlung wirklich leistet, sondern er muß sie in Folge der geschehenen Anforderung leisten."

Mit Recht erwiederte jedoch Goßler: „Ist unerheblich, weil es auf interna hinausläuft. Wenn die Handlung als eine fortdauernde Schuldigkeit gefordert und darauf ohne Widerspruch geleistet ist, so ist die Absicht des Leistenden klar."

Simon und v. Strampff, Mater. des allg. L. R. zu den Lehren von Gewahrsam und Besitz S. 251.

In Uebereinstimmung mit dem A. L. R. sagt das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 313: „Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht, wenn jemand von einem Andern etwas als eine Schuldigkeit fordert, und dieser es ihm leistet" (im Marginal bejahendes Recht genannt).

handlung, also die ursprüngliche Besitzerwerbung, nachzuweisen sein. In der Regel wird sich nur der Besitzstand, als ein in der Fortdauer begriffenes Verhältniß, nämlich die wiederholte Leistung und deren Annahme feststellen lassen. Dies ist aber auch vollkommen zureichend, da die Vorschrift des § 107 d. T.

„Wer etwas thut, oder sich gefallen läßt, was ihm nachtheilig ist, oder zur Einschränkung seiner Rechte gereicht, der hat die Vermuthung wider sich, daß bey einer solchen Handlung oder Duldung die Meinung einer vorhergehenden Verpflichtung zum Grunde liege"

über die Nothwendigkeit jedes weiteren Beweises hinweghilft.

Vergl. das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 26. Oktober 1839 (Koch, Schles. Archiv B. 5 S. 138) und vom 8. März 1859 (Archiv für Rechtsfälle B. 33 S. 51 f.).

Duncker geht sogar noch weiter, indem er nicht einmal die wirkliche Annahme der Leistung zum Besitzerwerbe für nothwendig hält. Er bemerkt (in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2 S. 61, 62):

Bei denjenigen Rechten, welche die von einem Dritten zu beschaffende auf Grund und Boden radicirte Leistung zum Gegenstande haben, kann man die wirkliche Annahme der Leistung zur Erwerbung des Besitzes nicht für nothwendig halten. Die Regel nämlich, daß der Besitz körperlicher Sachen nicht nur durch das wirkliche Ergreifen derselben oder das Betreten des Grundstückes, sondern auch schon dann erworben wird, wenn die physische Möglichkeit vorhanden ist, dieses unmittelbare Verhältniß zur Sache herzustellen, findet bei Rechten dieser Art vollständige Anwendung; daher ist die wirkliche Vornahme der Leistung von Seiten des Besitzers der belasteten Sache und Annahme derselben von Seiten des Berechtigten zur Erwerbung des Besitzes nicht erforderlich; es genügt, wenn es von dem Willen des Letztern abhängt, diese unmittelbare Ausübung des Rechts vorzunehmen. Das corpus ist daher vollständig vorhanden, wenn der Besitzer des belasteten Grundstückes sich bereit erklärt, die Leistung alsbald zu beschaffen, obwohl dieselbe nach dem Willen des Berechtigten unterbleibt.

---

eines negativen Rechts.

Vergl. die Abhandlung von Korte, oben S. 135 f.

§ 81. Es gehören hierher die s. g. affirmativen Servituten, quae in patiendo consistunt.[1])

cf. Ulpian. l. 8 § 3 D. si serv. vind. (8, 5): Sed si quaeratur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat? sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum, qui servitutem sibi deberi ait; si vero non sunt immissa, eum, qui negat.

---

1) Von einigen Neueren servitutes faciendi oder habendi genannt. Stever, de serv. praed. Rost. 1817 I §§ 7 sq. v. Vangerow, Lehrb. der Pand. § 339.

Das Oesterreichische bürgerliche Gesetzbuch § 313 bestimmt über den Besitzerwerb dieser Rechte (im Marginal verneinende genannt):

„Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht..... ferner, wenn jemand die einem Andern gehörige Sache mit dessen Gestattung zu seinem Nutzen anwendet...."

In dieser Vorschrift sowohl, wie in den Worten unseres § 81: „eine Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte" — ist auf die scientia et patientia domini als Erforderniß der Besitzerwerbung hingewiesen. Dieselbe verleiht der vorgenommenen Handlung erst ihren rechtlichen Charakter und vertritt gewissermaßen die Stelle der Besitzübertragung.*) Allein damit ist noch nicht die prozessualische Frage entschieden:

ob diese scientia et patientia domini in allen Fällen eines besonderen Beweises Seitens dessen, der den Besitz des negativen Rechts erworben zu haben behauptet, bedürfe.

Albert, über den Besitz unkörperl. Sachen oder sog. Gerechtigkeiten; Nr. I. Versuch einer Darstell. des possess. interdictum de itinere actuque privato (Leipzig 1826) bemerkt über diesen Punkt in Beziehung auf das genannte Interdict (S. 129 f.):

„Einige Rechtslehrer behaupten, der Kläger sei bei diesem Interd. verbunden, besonders nachzuweisen, daß er sciente et patiente adversario die Wegegerechtigkeit ausgeübt habe, indem sie davon ausgehen, daß solche scientia et patientia zur Erlangung des Besitzes der Wegegerechtigkeit wesentlich gehöre. Die Unrichtigkeit dieser Behauptung geht aber aus den bisherigen Untersuchungen von selbst hervor. Der Kläger hat ja bei diesem Interd. nichts weiter darzuthun, als daß die Wegegerechtigkeit während der festgesetzten Zeit von 30 Tagen ausgeübt worden war; ihm liegt bloß ob, einen usus im gesetzlichen Sinne nachzuweisen. Ob nun gleich zur

*) Ant. Faber Conject. jur. civ. lib. 19 c. 10: Servitutis quasi traditio, quae per patientiam inducitur, facta reperitur ab ipso fundi domino, qui eam expressim constituere potuisset, hoc ipso nimirum, quod scivit et passus est, vicinum uti servitute, quando quidem scientia illa et patientia in rebus incorporalibus vicem traditionis obtinet. Qua vero fronte potest titulum servitutis exigere is, qui tradidit ipse, aut saltem quasi tradidit servitutem? Aut quis tam stultus et supinus sit, ut vicinum ultro patiatur jure servitutis ire, aut quid aliud facere per fundum, qui nullam debeat servitutem.

Vergl. Mevii Decis. IX. 165:..... Probanda, idcirco articulanda haec sunt per illos, qui ex jure praescriptionis semet in servitutis usu defendere volunt..... Secundo, actus ad praescriptionem tendentes factos esse sciente vel patiente eo, cujus fundus fuit,.. cum illa scientia et patientia in praescriptionibus longioris temporis pro titulo sit, ideo alius titulus non requiratur....

Begründung desselben gehört, daß die Wegebenutzung nicht als eine bloße heimliche Anmaßung erscheine, so folgt daraus keineswegs, daß außerdem noch ein besonderer Beweis der scientia et patientia erfordert werde....."

Es kann allein darauf ankommen, ob solche Besitzhandlungen vorliegen, welche sich als fehlerfrei, insbesondere als nicht heimlich unternommen, darstellen, und welche daher vermöge der Art ihrer Vornahme die Vermuthung begründen, daß sie dem Andern wirklich bekannt geworden oder „nur durch seine eigene oder durch seiner Stellvertreter Sorglosigkeit und Unachtsamkeit unbekannt geblieben sind." (§ 99 d. T.)

Dieses Prinzip liegt folgender Entscheidung des O. A. G. zu Kiel vom 29. November 1854 zum Grunde:

Wenn gleich die Zeugen nichts davon erfahren haben, ob die Klägerin und deren Vorbesitzer von den behaupteten Besitzhandlungen Kunde erlangt haben, so kann doch den Umständen nach, ungeachtet der sehr beträchtlichen Entfernung des dienenden Grundstückes von dem Wohnorte der Klägerin, nicht angenommen werden, daß die Besitzhandlungen, worauf es hier nur ankommt, heimlich vorgenommen worden; vielmehr kann bei der Länge der Zeit aus der Häufigkeit der Besitzhandlungen, bei welchen stets eine große Zahl von Arbeitern beschäftigt war, es kaum als möglich gedacht werden, daß dieselben heimlich vorgenommen worden.

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 130.

Ebenso findet sich dasselbe in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 4. Oktober 1853 (in Sachen Elias Marks wider Bernh. Haarhoff M. 277) ausgesprochen:

Der Angriff des Imploranten beruht auf einer Deduction aus den §§ 82—85, 95 und 106 Tit. 7 Th. I A. L. R., welche ihn zu der Behauptung führt, daß zur Besitzergreifung eines negativen Rechts, außer derjenigen Handlung, welcher der Andere widersprechen konnte, aber nicht widersprochen hat, noch der Beweis geführt werden müsse über die scientia oder das wissentliche Dulden des Andern. Es bedarf indessen eines weiteren Eingehens auf die Rechtsausführungen nicht. Denn gegen die Verheimlichung und das Precarium streitet nach §§ 98—101 und 106 a. a. O. die Vermuthung; wer also gegen diese Präsumtionen etwas behauptet, muß es mit Rücksicht auf § 27 Tit. 13 der Proz.-Ordn. beweisen. Die Sperrung des Weges, welche die Ausübung unmöglich gemacht haben soll, und das angeblich zur Zeit des Anfangs der Verjährungsfrist schon bestandene Zeitpachtsverhältniß sind aber Thatsachen, deren Abwesenheit nicht vom Gegner bewiesen zu werden braucht, welche vielmehr nach § 28 a. a. O. nicht vermuthet werden, und daher von demjenigen, welcher sich darin gründet, bewiesen werden müssen.*)

*) Vergl. übrigens Just.-Min.-Bl. 1854 S. 103. Entscheid. des Ober-Trib. B. 18 S. 182 f. Archiv für Rechtsfälle B. 29 S. 143 f.

§ 82. Ulp. l. 1 § 6 D. de itin. (43, 19): Vivianus recte ait: eum, qui propter incommoditatem rivi, aut propterea, quia via publica interrupta erat, per proximi vicini agrum iter fecerit, quamvis id frequenter fecit, non videri omnino usum; itaque inutile esse interdictum, non quasi precario usum, sed quasi nec usum......

Celsus l. 7 D. eod.: Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur, non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque; nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.

Paulus l. 25 D. quemad. serv. amitt. (8, 6): Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. Ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utilis competit.

„Zur quasi possessio der Servitut gehört der Wille, ein Recht der Dienstbarkeit auszuüben, animus jus quasi possidendi, wobei aber die Meinung, das Recht wirklich zu haben, ebenso unwesentlich ist, wie bei dem Eigenthumsbesitze, die Meinung Eigenthümer zu sein.“ [1])

Arndts, Lehrbuch der Pand. § 187.

Diese opinio juris ist aber nicht Gegenstand eines speciellen Beweises in dem Sinne, daß sie neben der betreffenden Besitzhandlung noch als ein besonderes dieser hinzutretendes Moment dargethan sein müßte. Es kommt vielmehr nur darauf an, solche Handlungen darzulegen, die vermöge ihrer Beschaffenheit auf das Rechtsbewußtsein des Handelnden schließen lassen.[2]) — Evelt, das Preuß. Civilrecht, 2. Ausg. S. 101, drückt dies dahin aus: „negative Rechte.... werden erworben durch das Vornehmen der Handlung, welche jedoch die Meinung des Handelnden, daß ihm das Recht zustehe, ausprägen muß.“ —

Dieser Grundsatz findet auch in der Praxis allgemeine Anerkennung.[3]) Es seien nur folgende Beläge angeführt:

1) Vergl. Böcking, Instit. B. 1 S. 538, 539:... „Die bloße Vornahme einer (positiven oder negativen) Handlung ohne die Absicht einer Rechtsausübung ist an und für sich ebenso wenig etwas Juristisches, als die bloße Detentation einer körperlichen Sache ohne den animus possidendi. Der letztere besteht hier in der Absicht, das Recht (die Servitut) als ein Recht auszuüben.....“

2) Im Allgemeinen ist zu verweisen auf die Abhandlungen des Freih. v. Seckendorf im Archiv für die civil. Praxis B. 4 S. 83 f. und F. B. Busch ebendas. B. 31 S. 241 f., 407 f. Vergl. auch Koch, die Lehre vom Besitz S. 157, 158.

3) In dem eben angegebenen Sinne ist es auch wohl nur zu verstehen, wenn Mevius, Decis. IX. 165 sagt: Probanda, idcirco articulanda haec sunt per illos, qui ex jure praescriptionis semet in servitutis usu defendere volunt.... Tertio, actus illos possessorios exercitos fuisse jure servitutis, seu ea mente et modo, quod utentes in alieno fundo servitutem se habere, ideo facere existimarent.

Zur Ersitzung einer Wegeservitut genügt es nicht, daß die Handlung, durch welche sie ausgeübt wird, während der gesetzlichen Ersitzungszeit an sich an dem angeblich dienenden Grundstücke nec vi, nec clam, nec precario vorgenommen worden ist, sondern sie muß auch als ein Recht gegen dasselbe geltend gemacht worden sein. — Dieses Erforderniß.... ist keineswegs ein Nebenpunkt, welcher allenfalls auch noch berücksichtigt werden könnte, sondern die eigentliche Seele der ganzen Servituten-Ersitzung. Diese ist, wie die Eigenthumsersitzung, Erwerbung durch fortgesetzten Besitz. Die quasi possessio der Servituten erfordert daher, so gut wie die possessio, außer dem factum possessionis auch den animus possidendi, und dieser ist, wie bei jener, die Absicht, durch die Detention Eigenthum an der Sache auszuüben. Fehlt diese Absicht der Rechtsausübung, so ist bloß eine in dieser Beziehung rechtlich ganz indifferente Handlung und kein Servitutenbesitz vorhanden.... Auf der andern Seite versteht sich hiernach von selbst, daß die Absicht, ein Servitutrecht durch die Handlung auszuüben, positiv und auf das Bestimmteste von dem, welcher den Beweis einer Servituten-Ersitzung führen will, bewiesen werden muß, und daß sich keineswegs aus der nec vi, nec clam, nec precario vorgenommenen Ausübung von Handlungen, durch welche eine Servitut hätte ausgeübt werden können, an sich folgern läßt, daß der Handelnde ein solches Recht dadurch habe ausüben wollen. Nur ist damit natürlich nicht gesagt, daß bei der Beweisführung ausdrücklich auf diesen Punkt artikulirt werden müsse, sondern es kann die erforderliche Absicht auch aus der Art, wie die Handlung ausgeübt wurde, aus den vorliegenden Umständen u. s. w. hervorgehen.... Besonderer Beweis der opinio juris des Ersitzenden ist nicht nöthig; vielmehr ist diese Meinung, als innere Handlung, nur auf künstliche Art zu beweisen möglich, und muß daher, gleich andern inneren Vorgängen, z. B. dolus, aus den Nebenumständen des einzelnen Falles, welche Schlußfolgerungen dafür und dawider begründen, beurtheilt werden.....

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom Jahre 1829.

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 133.

Wenn auch die Besitzhandlung, namentlich bei Servituten, opinione juris ausgeübt sein muß, so bedarf diese doch keines besonderen Beweises. Sie wird vielmehr nach Beschaffenheit der Besitzhandlung bis zur Erbringung des Gegenbeweises als vorhanden angenommen, weil die Vornahme von Besitzhandlungen ohne Absicht, Besitz auszuüben, bei willensfähigen Personen undenkbar ist und die Handlung selbst schon die Absicht zur Genüge beweist.

Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 23. April 1838.

Archiv für pract. Rechtswiss. B. VII (Marburg und Leipzig 1849) S. 356 Note 2.

Die Verjährung der Servituten erfordert wesentlich einen die Verjährungszeit hindurch fortgesetzten Besitz in der Ausübung der zu verjährenden Dienstbarkeit. Die Handlungen, aus welchen die Verjährung einer Dienstbarkeit gefolgert werden soll, müssen sich daher als wirkliche Besitzhandlungen kund geben und der Präscribent muß sie in der Meinung, dazu berechtigt zu sein, ausgeübt haben. Sind nun die Hand-

lungen, welche auf dem Grundstücke eines Andern von dem Präscribenten ausgeübt worden, von der Art, daß sie eine Erschwerung des Besitzers in dem freien Gebrauche desselben enthalten, z. B. die Anlegung einer Wasserleitung durch das Grundstück, so geben sie sich schon vermöge ihrer Beschaffenheit als Ausübung einer Berechtigung kund und es bedarf ihre Eigenschaft als Besitzhandlung einer solchen Berechtigung keines besonderen Beweises (l. 2 C. de serv. et aqua, 3, 34).....

Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 11. Juli 1839.
Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 255.

Wenn auch unzweifelhaft zur Erwerbung einer Servitut durch Ersitzung ein fehlerfreier Besitz erforderlich ist, ein solcher aber nicht durch Besitzhandlungen erlangt werden kann, welche nur von dem Eigenthümer des dienenden Grundstückes auf bittliches Ansuchen vorgenommen und gestattet sind, der Ersitzende bei deren Vornahme vielmehr das Bewußtsein und die Meinung gehabt haben muß, sich einer ihm zustehenden Gerechtsame zu bedienen, so kann gleichwohl diese opinio juris, als innere Handlung des Ersitzenden, nicht Aufgabe einer besonderen Beweisführung sein, es muß solche vielmehr aus der Beschaffenheit der dargelegten Besitzhandlungen und den Nebenumständen nach richterlichem Ermessen entnommen werden......

Erkenntniß des O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 2. November 1854.
Matthiä, Controversenlexicon II S. 321.

Die Besitzhandlungen, welche zur Ersitzung einer Dienstbarkeit führen sollen, müssen so qualifizirt sein, daß aus ihnen die Absicht, sich das Dienstbarkeitsrecht zuzuschreiben, unverkennbar hervorgeht.

Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 28. November 1833.
Ebendas. S. 320.

Ueber die Preußische Rechtspraxis sind zu vergleichen die Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 11. Oktober 1849 (Arnsb. Archiv B. 14 S. 595), vom 9. Februar 1852 (Striethorst's Archiv B. 6 S. 37 f.), vom 30. September 1856 (ebendas. B. 22 S. 215 f.), vom 23. Januar 1857 (Entscheid. B. 35 S. 14 f.), vom 1. December 1857 (ebendas. B. 37 S. 170 f.).

In Betreff der gleichfalls hierher gehörigen Frage: ob eine vom Publikum ausgeübte Handlung geeignet sei, Besitz zu verschaffen, ist zu verweisen auf v. Rönne, Ergänz. u. Erläut. des Allg. Land-Rechts B. 1 S. 176 (zu §§ 81. 82 d. T.).

---

§§ 83—85. Klein's Materialien zur Lehre vom Besitz enthalten den ganz richtigen Satz:

§ 109. „Ein solcher Widerspruch kommt zu spät, wenn diejenigen, welchen der Widersprechende die Sorge für das, durch die gegenseitige Handlung eingeschränkte Recht übertragen hat, solche ruhig vollenden lassen."

Simon und v. Strampff, Materialien S. 24.

Ebenso richtig ist aber die Bemerkung von Suarez zu dem gleichfalls von Klein vorgeschlagenen Satz: § 106. „Ein vorher geschehener Widerspruch wird durch Duldung der nachher erfolgten Handlung gehoben.“

„Der Widerspruch gegen die erste Handlung wird durch die Duldung der zweiten nicht gehoben; sondern die Besitzergreifung nimmt erst mit der zweiten unwidersprochen gebliebenen Handlung ihren Anfang.“ *)
Ebendas. S. 74.

---

eines Untersagungsrechts.

Vergl. die Abhandl. von Korte S. 137 f.

Ueber den Erwerb des Besitzes eines Bannrechts s. Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2 S. 68—74.

§ 86. 1. Afric. l. 15 D. de O. N. N. (39, 1): Si prius quam aedificatum esset, ageretur jus vicino non esse aedes altius tollere, nec res ab eo defenderetur, partes judicis non alias futuras fuisse ait, quam ut eum, cum quo ageretur, cavere juberet: non prius se aedificaturum, quam ultro egisset: „jus sibi esse altius tollere“ .....

Scaevola l. 45 D. de damn. inf. (39, 2): Aedificatum habes, ago: tibi jus non esse habere: non defendis. Ad me possessio transferenda est, non quidem ut protinus destruatur opus,... sed ut id fiat nisi intra certum tempus egeris: jus tibi esse aedificatum habere.“

Oesterreichisches bürg. Gesetzbuch § 313:

„Der Gebrauch eines Rechtes wird gemacht... endlich, wenn auf fremdes Verboth ein Anderer das, was er sonst zu thun befugt wäre, unterläßt“ (im Marginal Verbothsrecht genannt).

2. „Bei Rechten, die auf ein Unterlassen gehen, wie bei den negativen Realservituten, ist die Ausübung die Unterlassung. Aber die bloße Unterlassung ist kein Act, an den sich der animus possidendi als ein erkennbarer anknüpfen könnte..... Es muß also ein Act hinzukommen, der ein Ausdruck des animus wird, so daß diese Unterlassung zugleich sich als Anerkennung der Behauptung eines Rechts darstellt. Auf doppelte Weise ist dies möglich:

a. durch Verbot der Handlung, wenn der Dienende sie vornehmen wollte und Unterlassung derselben in Folge dieses Verbotes. Dies ist nur denkbar, wenn ein Versuch zur Handlung gemacht ist;

---

*) Vergl. das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 7. December 1853, welches den Grundsatz aufstellt: der Widerspruch desjenigen, dessen Rechte durch den Besitz des Andern beschränkt werden, ist nicht von Erheblichkeit, wenn der Besitzer sich dadurch von der ferneren Ausübung nicht hat abhalten lassen.
Just.-Min.-Bl. 1844 S. 105 a. E.



b. durch Erklärung des Dienenden, die Handlung unterlassen zu wollen, an den das Recht Behauptenden, wenn dieser sie annimmt. Also mit andern Worten durch das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut bestellt wird."

Puchta, Vorles. B. 1 S. 273.

3. Es fragt sich:

Wird der Besitz eines Untersagungsrechts auch dadurch erworben, daß Jemand der bloßen Willensäußerung eines Andern, eine Handlung vorzunehmen, widerspricht und der Andere deshalb seine Absicht aufgibt?

Man könnte sagen:

Es sind hier die allgemeinen Erfordernisse der Besitzergreifung vorhanden. Das Verbot der beabsichtigten Handlung auf der einen und die Unterlassung dieser Handlung auf der andern Seite bringen denjenigen faktischen Zustand hervor, welcher den Besitz des Untersagungsrechts bildet. Es sind dies äußere, erkennbare Handlungen, welche dadurch nichts an ihrer Wirksamkeit verlieren, daß derjenige, gegen welchen der Besitz des Untersagungsrechts erworben werden soll, die entgegenstehende Handlung noch nicht unternommen, sondern nur beabsichtigt hat. Denn nicht das Unternehmen, sondern das Unterlassen der Handlung, welcher der Andere widerspricht, setzt diesen in den Besitz des Untersagungsrechts.

Dem läßt sich jedoch entgegensetzen, daß die bloße Willensrichtung und eine darin vorgenommene Aenderung den hier vorausgesetzten thatsächlichen Zustand nicht schaffen kann. Der Wille muß sich bereits bethätigt haben, er muß durch ein Handeln in die äußere Erscheinung getreten sein. Erst dann stellt sich das auf das Verbot des Andern erfolgte Abstehen von der Vollführung der Handlung als eine thatsächliche Unterwerfung unter einen fremden Willen dar. Mit Recht erklärt daher Puchta a. a. O. für nothwendig, daß ein Versuch zur Handlung gemacht ist,*) und nicht ohne Grund war im ersten Entwurfe der § 86 d. T. nach Suarez Vorschlage dahin gefaßt:

„Den Besitz eines Untersagungsrechtes (juris prohibendi) erwirbt derjenige, auf dessen Verbot ein Anderer von einer wirklich unternommenen Handlung absteht."

*) Vergl. auch Böcking, Instit. B. 1 S. 540.

4. Die Frage:

ob der Besitz eines Untersagungsrechts auch dadurch erworben wird, daß Jemand ohne Widerspruch eines Andern solche Anstalten macht, welche diesen an der Ausführung einer unternommenen Handlung verhindern,

wird unbedenklich zu bejahen sein; denn eine solche Veranstaltung enthält ein thatsächliches Verbot der Handlung, die dadurch verhindert werden soll, und die Duldung der Anlage andererseits eine Unterwerfung unter dieses Verbot.

---

§ 87. Ueber den hier ausgesprochenen, auch vom röm. Rechte anerkannten Grundsatz bemerkt Puchta in Weiske's Rechtslexicon B. 2 S. 70:

Einen Besitz von negativen Servituten gibt es offenbar auch außer dem Falle, wo der Gegner den Versuch, das Recht zu verletzen gemacht und dadurch Veranlassung zu einem Verbote gegeben hat. Die Frage ist die: wann kann man sagen, das Recht wird ausgeübt? Der Zustand der Ausübung ist die Unterlassung der fraglichen Handlung von Seiten des Gegners, aber es muß auch noch der animus von Seiten des Erwerbers hinzukommen, sonst kann man jene bloße Unterlassung des Einen nicht als Ausübung eines Rechts von Seiten eines Andern betrachten. Dieser animus, der Wille, daß der Gegner die Handlung vermöge unseres Rechts unterlasse, muß erkennbar sein, sonst würde von keinem Besitzerwerbe die Rede sein können. Erkennbar wird er durch einen Act, welcher diesen Willen gegenüber dem Gegner enthält. Ein solcher Act ist nun einmal jenes Verbot, sodann aber auch das Rechtsgeschäft, wodurch die Servitut bestellt wird, und welches den Willen des Erwerbers, daß der Gegner die fragliche Handlung unterlasse, enthält. Der Besitz einer negativen Servitut wird also durch das Rechtsgeschäft eingeräumt und erworben, welches, wenn der Besteller Eigenthümer der Sache oder sonst zur Bestellung befugt ist, zugleich das Recht der Servitut überträgt.

---

## Erwerbung des Besitzes eines Rechts gegen Mehrere.

§§ 88. 89. Zu dem, dem § 88 entsprechenden § 92 des ersten Entwurfs bemerkte Suarez:

„Dieser Paragraph ist zu generell und daher dunkel gefaßt. Der Sinn ist eigentlich der:

Der Besitz eines Rechtes auf eine Mehreren gemeinschaftliche Sache wird durch die Handlungen oder Duldungen einzelner Mitbesitzer der Sache in der Regel nur auf ihren Antheil erworben.

Sodann ist nicht bestimmt, was stattfinde, wenn mehrere Mitbesitzer eine Sache pro indiviso besitzen, z. E. mehrere condomini eines Hauses. Hier glaube ich, daß, wenn nur von Erwerbung des Besitzes eines Rechtes die Rede ist, das Handeln oder Dulden des einen condomini dem andern präjudicire."

Hierbei ist das conclusum vermerkt, dem der § 89 d. T. seine Entstehung verdankt:

„In re indivisa kann einer der Mitbesitzer dem andern durch seine Handlungen oder Duldungen nichts vergeben."

Simon und v. Strampff, Mater. S. 146.

Hiernach scheint die Meinung der Redactoren gewesen zu sein, in dem § 89 einen Gegensatz zu dem § 88 aufzustellen. Und doch ist ein solcher Gegensatz in der That gar nicht vorhanden, vielmehr fallen beide Paragraphen vollständig zusammen. „Mitbesitzer gemeinschaftlicher Sachen" — ein sehr übel gewählter Ausdruck — sind eben „Mitbesitzer in ungetheiltem Besitze." Und wenn der § 88 besagt, daß dergleichen „Mitbesitzer durch ihre Handlungen, Unterlassungen oder Duldungen nur auf ihren Antheil verpflichtet werden," so ist damit nichts anderes ausgesprochen, als was der § 89 in veränderter Fassung dahin ausdrückt: es „kann einer von ihnen durch seine Handlungen oder Duldungen dem Andern nichts vergeben." Uebrigens ist noch auf die dem § 89 d. T. entsprechende Fassung des § 575 Tit. 9 Th. I des A. L. R. hinzuweisen: „Bei mehreren Miteigenthümern untheilbarer oder gemeinschaftlich besessener Sachen und Rechte...."

---

insonderheit gegen Corporationen und Gemeinen

§§ 90. 91. 1. Diese Grundsätze galten auch schon in der älteren gemeinrechtlichen Praxis; doch findet sich hier sehr häufig eine Verwechselung der Besitzergreifung gegen eine Anzahl einzelner Personen und gegen eine Corporation als solche.*)

Vergl. Wernher Obs. P. IV. Nr. 217:

Possessio vel quasi juris exigendi operas, contra singulos acquisita toti universitati haud praejudicat, nisi generalis operarum indictio praecesserit, et reliqua membra non contradixerint. Plane aliud dicendum, si totius universitatis consensus ex circumstantiis elici queat. De quo satis constare intelligitur, si operae toti universitati indictae eaedemque postea, nemine contradicente, a quibusdam sint praestitae; tum enim adversus omnes possessio acquisita intelligitur.

Berger in resolut. Lauterb. p. 712:

Possessio juris contra singulos ex universitate acquisita, non statim adversus totam universitatem obtenta intelligitur. — Eo casu, cum is, qui jurisdictioni praeest, indixit universis, fore, ut servitia laudemiumve exigerentur, non abnuerim, si aliquibus praecepto obtemperantibus reliqui non contradixerint, possessionem facilius contra universos acquiri.

*) Vergl. Koch, die Lehre vom Besitz S. 152 Note 10.



Leyser Med. ad. Pand. spec. 453 M. VII. VIII:

Possessio contra totam universitatem per actus contra aliquot ejus membra, exercitos regulariter non probatur.

Probatur tamen tunc, quum actus contra pleraque universitatis membra, non tanquam singula, sed tanquam universitatem sunt gesti.

..... Ipsi mense Januario anni 1725 respondimus, eum, qui hucusque operas ab aliquibus rusticis exegit, possessionem inde easdem a reliquis exigendi propterea nactum non esse: Es mag das Exempel einiger andern Amts-Unterthanen Klägern nicht nachtheilig seyn, noch die etwa wider selbige erlangte Possess auf sie erstrecket werden.... Sed dicendum generaliter, possessionem tunc contra totam universitatem acquiri, quum jus, de quo litigatur, totam universitatem concernit, atque id contra pleraque ejus membra exercitum fuit.... In catalogo redituum templi cujusdam, quem matriculam vocant, perscriptum erat, singulos incolas sacerdoti quotannis panem debere. Poscente hunc panem sacerdote, respondet pagus, se eum per immemoriale tempus non praestitisse. Sacerdos contra testes adducit, qui datos a nonnullis incolis panes adfirmant. Reponit pagus, actus hos singulorum universitati non nocere. Verum ICti Helmstadienses mense Januario anni 1727 secundum sacerdotem judicarunt ex rationibus: Dem von den Cossäten gemachten Gravamini stehet die Matricul im Wege, und würde es eine sehr zweifelhafte Frage seyn, ob den Cossäten die possessio immunitatis dawider zu statten kommen könne. Allein es ist nicht nöthig, sich bey dieser Frage aufzuhalten, da einige aus dem Mittel der Cossäten die Brodte gegeben, welches denn die possessionem immunitatis sonder Zweifel unterbrochen, indem dergleichen Praestationes nicht in corpore, sondern a singulis abgeführt werden, demnach dem Kläger unmöglich fällt, seine Possession anders, als per actus singulorum, zu erweisen.*)

2. Ueber den Grund der Verschiedenheit der Vorschriften §§ 90—94 d. T. vergl. Simon und v. Strampff Mat. S. 71, 72, 615—617.

---

§ 92. In einem Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 21. December 1853 wird das Recht zur ausschließlichen Benutzung einer Kirchenstelle unter den Begriff eines gegen die Kirchengemeinde zustehenden Untersagungsrechts gebracht und demnach, unter Anwendung des § 92, der Satz aufgestellt:

Zur Erwerbung des Besitzes des Rechts zur ausschließlichen Benutzung einer Kirchenstelle, als eines Untersagungsrechts, ist erforderlich, daß keines der Mitglieder der Kirchengemeinde widersprochen, oder daß alle Mitglieder dem Verbote Folge geleistet haben.

Striethorst, Archiv für Rechtsfälle B. 11 S. 176 f.

---

*) Die letztere Erwägung hätte von selbst auf den richtigen Gesichtspunkt führen sollen, daß es sich hier gar nicht um eine von einer Corporation, sondern lediglich um eine von einer gewissen Klasse Eingesessener, also von gewissen, in gleichen Rechtsverhältnissen stehenden Individuen, zu leistende Abgabe handelte.

Gegen diese Auffassung läßt sich einwenden, daß es sich hier nicht sowohl um eine **juris**, als um eine **corporis possessio** handelt, also nicht um den Besitz eines Rechts, dessen ganzer Inhalt in der einem Andern obliegenden Unterlassung einer gewissen Handlung besteht (wie bei den s. g. negativen Servituten), sondern um den Besitz einer Sache, dessen Ausschließlichkeit sich in der Untersagung jedes fremden Eingriffes geltend macht.

---

§ 93.

„Nach der Regel: **non debet alteri per alterum iniqua conditio inferri** (l. 74 D. de R. J.), ist eine gegen eine ganze Gemeinde gerichtete Possessorienklage, in welcher Kläger nur auf Handlungen sich bezieht, die gegen einzelne Mitglieder vorgenommen worden sind, in der angebrachten Maaße abzuweisen, weil in einem dergleichen Falle entweder solche Besitzhandlungen erforderlich, die gegen sämmtliche Gemeindeglieder, ohne Widerspruch eines Einzigen, stattgefunden haben (**Leyser sp. 453 m. 8**), oder doch solche Umstände vorhanden und angeführt sein müssen, aus denen mit Bestimmtheit die Einwilligung Aller hervorgeht (**Wernher sel. obs. for. Tom. I p. IV. obs. 307**).

v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfragen Nr. 309.

---

§§ 94. 95. Thöne, Fundamentallehren B. 2 S. 368 bemerkt zu diesen Paragraphen:

Hieraus folgt: kann Jemand beweisen, daß die Ausübung des Untersagungs- oder negativen Rechts, dessen Besitz er erworben haben will, zur Kenntnißnahme der Repräsentanten oder Vorsteher der Gemeinheit gelangt ist, so gilt er so lange als Besitzer, als nicht bewiesen ist, daß irgend ein Mitglied derselben widersprochen habe. Die Beweislast liegt hier, wie in Absicht auf den Umstand, daß die Repräsentanten um die Besitzergreifung gewußt haben, in der Art der Gemeinde selbst ob, daß Jemand widersprochen oder die Besitzergreifung heimlich vorgenommen sei. Derjenige, der sich auf den Besitz beruft, braucht, den allgemeinen Grundsätzen gemäß, bloß Besitzhandlungen nachzuweisen, die nicht als heimliche erscheinen. So wird die Sache auch in der Praxis genommen.

---

## Fehler, welche die Besitzergreifung hindern.

### Gewalt.*) Betrug.

§§ 96. 97. Vergl. Dr. Brackenhoeft „Ueber die **vitia possessionis**" im Archiv für die civil. Praxis B. 24 S. 197—230.

---

*) **Ulp. l. 1. § 28 D. de vi (43, 16): Vi possidere eum definiendum est, qui expulso vetere possessore, acquisitam per vim possessionem obtinet, aut qui in hoc ipsum aptatus et praeparatus venit, ut contra bonos mores, auxilio, ne prohiberi possit ingrediens in possessionem, faciat. Sed qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait, non vi possidere.**

„Vi, clam, precario soll nach Preußischem Rechte überhaupt kein Besitzerwerb von Statten gehen. Hierin liegt ein eigenthümliches negatives Requisit, abweichend vom Römischen Rechte." [1])

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilr. im Grundrisse S. 40, 41.

Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin, 1860) Nr. I. „Erklärung des A. L. R. I, 7 § 96 sqq. 122, 131" [2]) sagt:

Es konnten jene §§ 96—98, 106 bei der Identificirung der römischen possessio ad interdicta und dem landrechtlichen Besitze nicht verstanden werden. Koch (Besitz S. 32 der 2. Ausgabe) fand in ihnen ein „Ineinanderspielen von Besitz und Recht," meinte jedoch, daß „aus dem Zusammenhang und aus der Entstehungs-Geschichte der Fassung zu erkennen, daß man an eine Veränderung des Begriffes nicht dachte, auch keine von dem Röm. Recht abweichende Theorie aufstellen, sondern nur die Wirkungen des Besitzes bestimmen wollte, wiewohl nicht geleugnet werden kann, daß durch diese Bestimmung der Besitz noch mehr einem Rechte genähert worden ist" (Besitz S. 34[3]) ..... Was bei Koch die Annäherung des Besitzes an ein Recht, das ist bei Bornemann (Civilrecht 2. Ausg. 1, 232), Temme (Lehrb. des Preuß. Civ. R. 1, 230 § 66), dem anonymen Verfasser der Schrift: Darstellung der Lehre vom Besitz. (Von einem preuß. Juristen. Berlin 1840) und Strohn (Archiv für Rechtsf. 18, 348 f, namentlich S. 349) die Beachtung des sittlichen Princips, welches sich durch das ganze Landrecht hinziehen soll, während Thöne (Fundamentallehren des Preuß. Rechts 2, 307) in den gedachten Paragraphen nur die exceptio vitiosae possessionis findet, und deshalb von der Wortfassung des Gesetzes behauptet, daß sie über die Absicht des Gesetzgebers hinausgehe — in der That eine gewaltsame, aber doch aufrichtige Art, das Gesetz mit seinen Ansichten in Einklang zu bringen. Die Revisoren erklären endlich die landrechtlichen Vorschriften für „ganz von selbst klar" (Pens. 13 Motive S. 24); freilich haben sie ihre Ansicht nicht begründet. — — — — (S. 23, 24.)

Der Verfasser führt weiterhin aus, „daß das Landrecht in den citirten

---

1) Das Oesterr. bürg. Gesetzbuch bestimmt § 345: „Wenn sich jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht, und das, was man ihm aus Gefälligkeit, ohne sich einer fortdauernden Verbindlichkeit zu unterziehen, gestattet, in ein fortwährendes Recht zu verwandeln sucht; so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz noch überdies unecht; in entgegengesetzten Fällen wird der Besitz für echt angesehen."

2) Vergl. die Anzeige B. IV S. 341 f. dieser „Beiträge."

3) Im Kommentar zum A. L. R. (B. 1 S. 348) hat Koch seine Ansicht dahin modifizirt: „Es ist nicht zu verkennen, daß ein Besitz, welcher vi, clam, precario ergriffen worden ist, als Besitz nicht anerkannt wird, doch nicht in dem Sinne, daß der Besitzer ungeschützt jeder Störung ausgesetzt wäre, da gegen solche ja auch der bloße Inhaber die possessorischen Schutzmittel hat (§§ 141, 146, 147). Vielmehr ist anzunehmen, daß nur der Usucapionsbesitz (Besitz im rechtlichen Sinne § 98), d. i. die röm. possessio civilis verneint wird. So aufgefaßt findet sich Uebereinstimmung zwischen dem L. R. und dem röm. Recht."

Paragraphen durchaus nicht neues und nicht unerklärliches Recht geschaffen hat.... Sie beziehen sich theils auf die zum Erwerb des Eigenthums und dinglichen Rechts nöthige Besitzergreifung, theils auf die zur Erhaltung des Eigenthums und dinglichen Rechts nöthige Besitzesdauer. Bei dem Erwerb des Eigenthums und dinglichen Rechts kann die Apprehension mit der Absicht Eigenthum resp. dingliches Recht zu erwerben, entweder gleichzeitig beginnen; hier lassen sich die landrechtlichen Bestimmungen in die Formel fassen: die Apprehension darf nicht eigenmächtig und die Absicht Eigenthum resp. dingliches Recht zu erwerben, darf nicht einseitig sein (§ 96—98). Oder die Apprehension kann jener Absicht vorhergehen, die Formel für diese Fälle lautet: die Absicht Eigenthum resp. dingliches Recht zu erwerben, darf nicht einseitig entstehen (§§ 106. 69. 132. 133). — Bei der Erhaltung des Eigenthums und dinglichen Rechts kommt der landrechtliche Grundsatz zur Anwendung, daß jeder Inhaber, also auch der fehlerhafte Apprehendent, wider seinen Willen gesetzlicher Vertreter des Besitzers in der Gewahrsam ist (§ 137). Die Formel lautet hier verschieden, je nachdem der fehlerhafte Apprehendent einen bisher in einem Dritten bestehenden Besitz aufheben, oder einen von ihm selbst fehlerfrei begonnenen fehlerhaft fortsetzen will. Im ersten Falle wird sie dahin gefaßt werden: das Eigenthum resp. dingliche Recht, soweit seine Fortdauer durch Besitzeserhaltung bedingt ist, bleibt von der fehlerhaften Apprehension unberührt (§§ 122, 125); im zweiten Falle dahin: die fehlerhafte Fortsetzung der Gewahrsam ist nicht hinreichend um das bisherige Eigenthum oder dingliche Recht in seinem Bestande zu erhalten (§ 131). — Das Neue, was das Landrecht geschaffen hat, lag lediglich im Ausdruck: es hatte der Römischen possessio ad interdicta die Gewahrsam substituirt, und nun übersetzte es die Römische possessio, welche mit der Absicht Eigenthum oder dingliches Recht zu erwerben resp. fortzusetzen verbunden ist, mit Besitz. Damit aber setzte sich das Landrecht in einen Widerspruch nicht nur zu dem bisherigen Schulbegriff, sondern auch zur Sprache des täglichen Lebens...." (S. 29, 30).

## Verheimlichung.*)

§ 98. Ulp. l 6 pr. D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret, timebat. Is autem, qui, quum possideret non clam, se celaverit, in ea causa est, ut non videatur clam possidere. Non enim ratio obtinendae possessionis, sed origo nanciscendae exquirenda est. Nec quemquam clam possidere incipere, qui sciente aut volente eo, ad quem ea res pertinet, aut aliqua ratione bona fide possessionem nanciscitur. Itaque, inquit Pomponius, clam nanciscitur possessionem, qui futu-

*) Ueber clandestina possessio vergl. v. Savigny, Recht des Besitzes § 41, Heimbach in Weiske's Rechtslexicon B. 5 S. 541, 542, so wie in Betreff der juris possessio: Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen oder s. g. Gerechtigkeiten Nr. I S. 63—75.

ram controversiam metuens, ignorante eo, quem metuit, furtive in possessionem ingreditur....

Id. l. 3 § 7 D. quod vi aut clam (43, 24): Clam facere videri Cassius scribit eum, qui celavit adversarium, neque ei denuntiavit, simodo timuit ejus controversiam, aut debuit timere. § 8. Item Aristo putat eum quoque clam facere, qui celandi animum habet eum, quem prohibiturum se intellexerit, et id existimat, aut existimare debet, se prohibitum iri.

Id. l. 3 pr. D. de itin. (43, 19): .... Qui prohibitus utitur, clam utitur..... § 1. Item sciendum est, non tantum eum clam via uti, qui ipse prohibitus utitur, verum eum quoque, per quem quis id jus retinebat, si eo prohibito, per quem retinebat, utatur. Plane si ignoravi prohibitum, et persevero uti, nihil mihi nocere dicendum est.

---

**§§ 99. 100.**

Clam non possidet, qui quidquam in conspectu omnium facit, etsi ignaris omnibus.

— — — Sufficit in talibus, uti clandestini actus dici nequeant, non esse celatos actus, ex quibus possessio infertur. Non vero necesse est, ut a faciente manifestentur, aut ut ab iis, quorum interest, acclametur. Sibi imputent, quod non melius observarunt aut inquisiverunt, cum facile resciscere possent. Illi etiam pro scientibus habentur.

Mevii Decis. VII. 170.

---

**§ 101.**

Es ist offenbar unrichtig, einen solchen Besitz, der anfänglich frei, öffentlich und ohne Widerspruch erworben, nachher aber aus irgend einem Grunde versteckt ausgeübt worden ist, im rechtlichen Sinne mit dem Namen eines heimlichen zu bezeichnen, da letzterer nur dann vorhanden, wenn der Besitz gleich von Anfang an heimlich, d. i. ohne des Betheiligten Vorwissen erworben worden ist....*)

v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfragen Nr. 61.

---

**§§ 103—105.** Ueber die Frage, ob diese Grundsätze auch bei negativen und Untersagungsrechten Anwendung finden, ist zu verweisen auf v. Rönne, Ergänz. u. Erläut. des A. L. R. B. 1 S. 178.

---

*) v. Savigny, Recht des Besitzes § 41: ... „Auf den Anfang des Besitzes also kommt alles an: ist durch diesen Anfang der Besitz als clandestina possessio bestimmt, so hört er nicht auf es zu seyn, wenn er gleich nachher dem Andern bekannt gemacht wird (l. 40 § 2 de poss.... si sciens tuum servum non a domino emerim, et tum clam eum possidere coepissem, postea certiorem te fecerim: non ideo desinere me clam possidere): ebenso wird umgekehrt der Besitz nicht etwa dadurch zu einer clandestina possessio, wenn der Besitzer erst nach dem Erwerb ihn zu verheimlichen anfängt (l. 6 pr. eod.: Is autem, qui cum possideret non clam se celavit in ea causa est, ut non videatur clam possidere: non enim ratio obtinendae possessionis sed origo nanciscendae exquirenda est).“

Precarium.

Vergl. v. Savigny, Recht des Besitzes § 42.

Albert, über das interdictum uti possidetis der Römer (Halle, 1824) S. 72—77.

Derselbe, über den Besitz unkörp. Sachen oder sog. Gerechtigkeiten. Nr. I. Versuch einer Darstellung des poss. interd. de itinere actuque privato (Leipzig 1826) S. 76—88.

G. E. Schmidt, das Commodatum u. Precarium (Leipzig 1841) § 7 S. 117—135.

Gett, Praktische Erörterungen aus dem gesammten Gebiete der Rechtswissenschaft (1845) Nr. XXVI. „Ueber die Vermuthung der precario modo geschehenen Ausübung der Servitut bezüglich der Acquisitiv-Verjährung der Grunddienstbarkeiten ohne Vorrichtung. S. 238—260.

§§ 106—108.

Ulp. l. 2 § 3 D. de precar. (43, 26): Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis, vel juris adeptus est ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit, ut sibi possidere aut uti liceat;

Gaj. l. 3 eod.: veluti si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat, vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium, vel tignum in parietem immissum habeas.

Paul. Sent. Rec. V. 6 § 11: Precario possidere videtur non tantum, qui per epistolam vel quacunque alia ratione hoc sibi concedi postulavit, sed et is, qui nullo voluntatis indicio, patiente tamen domino, possidet.

1. „Precarium heißt das Verhältniß, in welchem ohne juristisches Geschäft die Ausübung irgend eines Rechts einem Andern überlassen wird. Der gewöhnlichste Fall betrifft die Ausübung des Eigenthums, also den (natürlichen) Besitz, weil dieser die Bedingung jener Ausübung ist. Diese precaria possessio aber kommt auf zweierley Art vor: theils so, daß die bloße Detention, theils so, daß der juristische Besitz dem Andern überlassen wird.*) Im ersten Fall geht zunächst kein Besitz über, aber er wird hinterher erworben, wenn die Zurückgabe der Sache verweigert wird; diese possessio ist ohne Zweifel **injusta**, und nun ist das interdictum de precario (als interd. **recuperandae** possessionis) begründet. Im zweiten Fall wird gleich im Anfang der Besitz übertragen, diese **justa** possessio aber

*) Ueber die Streitfrage, was im Zweifel anzunehmen sei, vergl. v. Savigny a. a. O. S. 261 und dagegen A. G. de Schroeter, Observationes juris civilis (Jen. 1826) Nr. IV. Darstellung der Lehre vom Besitz ꝛc. von einem preuß. Juristen (Berlin 1840) S. 73, 74.

wird erst durch die Verweigerung der Zurückgabe **injusta**, und nun ist das Verhältniß dem des ersten Falls gleich geworden. Demnach kann man durch precarium theils eine **injusta possessio** haben, und dann wird dieselbe Frage aufgeworfen, wie bey possessio **violenta** und **clandestina**: theils eine **justa possessio**, und dieses ist der einzige Fall, in welchem von manchen Juristen zwey justae possessiones neben einander angenommen wurden."

v. Savigny a. a. O. § 11 S. 122 (vergl. ebendas. S. 261 f. S. 430).

Das Wesen der precaria possessio besteht sonach darin, daß sowohl ihre Entstehung, als auch insbesondere ihre Dauer auf freier Willkür des Concedenten beruht — also in ihrer Abhängigkeit von einem fremden, jederzeit widerruflichen Willen.

Ganz richtig sagt daher Leyser Meditat. ad Pand. sp. 510 m. 1: — — —

> essentia precarii non in precibus, quae ad rem ipsam nihil conferunt, sed in eo consistit, quod is, qui precario dat, se obligare nolit, verum facultatem revocandi pro lubitu id, quod dat, sibi reservet..... Quamobrem precarium describendum est potius pactum, quo quis usum rei vel juris sui alteri concedit, ita tamen, ut aperte prae se ferat, velle se facultatem revocandi quandocunque habere ...[1])

2. Ueber den oft verkannten Unterschied zwischen dem precarius usus einer Servitut und dem bloßen Handeln ex jure facultatis oder ex jure familiaritatis spricht sich Albert, über den Besitz unkörperlicher Sachen ꝛc. S. 77—86 dahin aus:

> Wenn Jemand die Ausübung einer Wegegerechtigkeit auf seinem Grundstücke nur in der Art verstattet, daß er sich das Recht vorbehält, diese Verstattung nach Willkür zurückzunehmen: so ist ein bloßes precarium vorhanden, eine s. g. servitus precario concessa....[2]) Der usus precarius viae ist sonach vorhanden, wenn zwar eine Wegegerechtigkeit ausgeübt worden war, diese Ausübung aber sich lediglich auf ein precarium gegründet hatte. Der usus viae prec. ist daher ein wirklicher usus im gesetzlichen Sinne, indem der Precist in der That eine (obgleich widerrufliche) Wegegerechtigkeit ausübt.... Es ist demnach der usus viae prec. eine gewisse besondere Art und Weise, eine Wegegerechtigkeit auszuüben; er ist aus dem Grunde in der Edikt-Formel dem usus viae viol. et cland. zur Seite gestellt worden, weil er wegen der zu jeder Zeit Statt findenden Widerruflichkeit des precarischen Verhältnisses hinsichtlich auf den Eigenthümer des angeblich dienenden Grundstückes ebenso mangelhaft und unvollkommen erscheint als der usus

1) Die älteren Juristen zählen dieses Recht des willkürlichen Widerrufes unter die res merae facultatis.
Hommel rhaps. I obs. 212: An precarium quis revocare vellet, nec ne, res est merae facultatis, quae praescriptioni non subjacet.

2) Cujacius Obs. XXII. 37.

viol. et cland., die gleichfalls gegen den Eigenthümer von keiner Wirksamkeit sind. — Der usus viae prec. ist 1. von der Benutzung des Weges ex jure facultatis und 2. von der Benutzung des Weges ex jure familiaritatis sehr verschieden.....

1. Wenn Jemand über des Andern Grundstück geht oder fährt, ohne in dieser Hinsicht ein Recht in Anspruch zu nehmen, sondern bloß darum, weil dies Gehen und Fahren keinen Schaden thut, also vorauszusetzen ist, der Eigenthümer werde nichts dagegen haben, so stützt sich diese Art, sich des Weges über des Andern Grundstück zu bedienen, auf ein s. g. jus facultatis,[1]) jus secundum quid permissivum[2]) — auf die Voraussetzung, der Eigenthümer werde diese Benutzung des Weges verstatten, wo nicht, so solle sie unterbleiben: sie ist also ein bloßer non usus.[3]) — Der usus precarius dagegen gründet sich auf ein wahres juridisches Verhältniß, vermöge dessen bis zur revocatio precarii eine Wegegerechtigkeit in der That ausgeübt wird; er ist ein wirklicher usus im juridischen Sinne, und nur in Beziehung auf den Verleiher mangelhaft und unvollkommen (usus vitiosus). Die Benutzung des Weges ex jure facultatis und usus viae precarius sind demnach in aller Hinsicht heterogene Begriffe, welche durchaus nicht mit einander verwechselt werden dürfen......

2. Wenn Jemand einen Weg über des Andern Grundstück, obgleich derselbe nicht für Jedermann offen stand, dennoch lediglich mit Hinsicht auf die zwischen ihm und dem Andern bestehenden freundschaftlichen, nachbarlichen oder verwandtschaftlichen Verhältnisse benutzt, und der Andere wegen der bestehenden Verhältnisse solches ausdrücklich oder stillschweigend zuläßt: so nennt man dies eine Benutzung ex jure vicinitatis, amicitiae, vel familiaritatis, oder ex jure familiaritatis schlechtweg.[4]) ... Auch diese Benutzung ex jure familiaritatis ist ebenso wie die ex jure facultatis vom usus precarius ganz und gar verschieden..... Es wird in diesem Falle der Weg so lange benutzt, als der Eigenthümer wegen der bestehenden Verhältnisse es zuläßt; beim usus precarius aber wird eine wirkliche Wegegerechtigkeit bis zur revocatio precarii ausgeübt. .... Die Benutzung des Weges ex jure facult. und die ex jure fam. sind demnach zwei Arten des non usus.[5]) — — —

1) Caepolla in tract. de serv. rust. C. 1 Nr. 22. 23. 24, Menochius de retin. poss. remed. V. Nr. 8—13.
2) Glück, Comment. B. 1 S. 110—115.
3) Hierher gehört der Gebrauch eines offenen Fußweges auf Grund der Vorschrift des § 63 Tit. 22 Th. I des Allg. Land-Rechts:
„Gebahnter Fußsteige auf offenen Feldern kann ein Jeder sich bedienen."
Vergl. auch die oben zu § 82 d. T. angeführten Pandektenstellen.
4) Paulus l. 41 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Qui jure familiaritatis amici fundum ingreditur, non videtur possidere, quia non eo animo ingressus est, ut possideat, licet corpore in fundo sit. Jer. Setzer de familiaritate et amicitia (Francof. March. 1593). Stryk diss. de Jure familiaritatis (Erf. 1672). J. Chr. Wolff Disp. de jure familiaritatis (Altorf 1691). Caepolla l. c. C. 1 Nr. 25. Menochius l. c. Nr. 8—13. Nettelbladt syst. elem. jurispr. pos. § 518. Struv syntag. Lib. 43 tit. 19 th. 131.
5) Dessen ungeachtet haben die Rechtslehrer gewöhnlich das jus familiaritatis

3. Fassen wir nach diesen Erörterungen den Inhalt unseres § 106 ins Auge, so werden wir bald erkennen, daß wir darin ein eigentliches Precarium gar nicht vor uns haben, sondern lediglich die Fälle der oben zu 2 beschriebenen Art, daß daher der in den „Studien zur Lehre vom Besitz" ausgesprochene Tadel:

„Die Definition des Precariums ist nicht richtig. Es ist die unbeschränkte Widerruflichkeit des Rechtes nicht ausgedrückt; auch gehören zu den Entstehungsgründen des Precariums Unterlassungen."
Simon und v. Strampff, Materialien S. 261

nicht sowohl den § 106, der ja vom Precarium im römisch-rechtlichen Sinne gar nicht handelt, als vielmehr das unpassend gewählte Marginal („Precarium") trifft.

Ebenso wenig ist in den a. a. O. in Bezug genommenen Vorschriften der §§ 136, 137 Tit. 22 Th. I A. L. R.[1]) ein eigentliches Precarium zu finden. Sie betreffen vielmehr gleichfalls den oben gedachten Fall der Benutzung eines fremden Grundstückes ex jure familiaritatis.[2])

Das Preußische Recht behandelt die Lehre vom wirklichen Precarium ganz ausschließlich in den §§ 231—233 Tit. 21 Th. I A. L. R.[3])

---

vom prec. nicht gehörig unterschieden. So sagt Leyser spec. 510 med. 3:... Hoc jus familiaritatis nihil aliud, quam precarium tacitum est, atque utenti perfectam perpetuamque facultatem haud tribuit, nec patientem ultra, quam ille pati vult, obligat. Quamobrem is, qui alterum re uti vel in ejus possessione esse per familiaritatem passus est, si deinde voluntatem mutet, hunc sponte cedere detrectantem vi quidem expellere nequit, sed interdicto de precario utetur, quod, probato familiaritatis jure, paratissimam exsequutionem habebit.

Vergl. dagegen die med. 14 ibid.: Solemus saepe in vita communi vicino amicove precanti permittere, ut in nostro quid faciat, idque non semel saltem, sed bis, ter et saepius. Nulla inde nascitur possessio, nulla servitus, sed poterit concedens pro lubitu revocare....

1) § 136. „Wenn aber diese wechselseitige Hütung nicht regelmäßig und beständig auf eben denselben, sondern nur zuweilen, und bald auf diesen, bald auf andern Stücken ausgeübt worden: so wird angenommen, daß dabey nur nachbarliche Freundschaft und Gutwilligkeit zum Grunde liege."

§ 137. „In diesem Falle steht also jedem Interessenten frei, davon nach Gutbefinden wieder abzugehen."

2) Vergl. Mevii Decis. IX. 165..... In dubio quidem aliquis familiaritatis et amicitiae potius quam servitutis jure usus praesumitur, ideo hujus modus tanto cariore fide eget. Berger, oecon. jur. Lib. II tit. III c. IX. th. 6:... in dubio jus compascui familiaritatis jure praesumitur constitutum esse.

3) § 231. „Ist weder die Art und der Zweck des Gebrauchs, noch die Dauer desselben bestimmt: so ist derjenige, welchem der Gebrauch eingeräumt worden, für einen bloßen Inhaber zu achten."



Es wird darin der Precarist — abweichend vom römischen Recht — für einen bloßen Inhaber erklärt, ihm also damit ein Besitz (sogar ein unvollständiger) abgesprochen. Bei dieser Auffassung fällt nun allerdings der precarius usus einer Servitut, der ja nach unserem Recht dem Concedenten gegenüber keinen Besitz schafft, mit den im § 106 gedachten Handlungen, Leistungen oder Duldungen völlig zusammen, und es ist insofern wohl nichts dagegen zu erinnern, dieselben im Sinne des Allgem. Landrechts als „Precarium" zu bezeichnen, weil damit nichts Anderes angedeutet ist, als daß es hier an einem Rechtsbesitze fehlt. Gleichwohl möchte noch immer der Unterschied anzuerkennen sein, daß ein Verhältniß der im § 106 beschriebenen Art schon von vornherein einen Rechtscharakter gar nicht an sich trägt, das eigentliche Precarium dagegen im Beginne und während seiner in das Belieben des Concedenten gestellten Fortdauer als ein wahres auf Ueberlassung eines Rechtsvortheils gerichtetes Rechtsverhältniß erscheint, diesen Charakter jedoch sofort verliert, sobald der Andere es nicht länger bestehen lassen will.*)

4. Die im § 107 aufgestellte Rechtsvermuthung wird dadurch nicht ausgeschlossen, daß die Handlung oder Duldung auf Bitten des Andern geschehen ist.

Leyser Med. ad Pand. sp. 510 m. 5. 6:

> Non omne, quod precibus obtinetur, precarium est.
> Qui jure suo usurus alterum, ut hoc sibi permittat, rogat, precarium propterea non contrahit.
>
> — — — Errant, qui credunt omnem promissionem, aut praestationem, aut permissionem precibus elicitam precarium atque ideo revocabile esse. Precatur aliquando is, qui jus cogendi et jubendi habet.... Saepe hi, qui jure suo quid facere poterant, alium tamen, cui jus impediendi non competit, orant, ut patiatur, quod pati etiam non rogatus debebat.....

---

§ 232. „Er ist also die Sache, auf jedesmaliges Erfordern des Einräumenden, zu allen Zeiten zurückzugeben schuldig."

§ 233. „Ein Gleiches findet Statt, wenn eine unbewegliche Sache, oder ein Recht, der Gegenstand des Contracts, und dieser nicht schriftlich abgefaßt ist."

*) Ulp. l. 2 § 2 D. de precar. (43, 26): Et naturalem habet in se aequitatem. Namque precarium revocare volenti competit. Est enim natura aequum, tamdiu te liberalitate mea uti, quamdiu ego velim, et ut possim revocare, quum mutavero voluntatem.....

Pompon. l. 15 pr. eod.: Et habet summam aequitatem, ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 33, 34:

Die Eigenschaft einer Wegegerechtigkeit kann wohl damit bestehen, daß der Eigenthümer des praedii servientis zur Versicherung seines Eigenthums den Weg verschließbar gemacht hat und von ihm immer der Schlüssel abgefordert werden muß, wenn der Servitutberechtigte durchfahren will..... Falls nun der Servitutinhaber oder seine Leute jederzeit unter bittenden Aeußerungen den Schlüssel zur Durchfahrt sich haben geben lassen, so kann dieses wohl nicht für ein precarium entscheiden. Es wird daher starkem Zweifel unterworfen sein, wenn das A. G. zu Leipzig in einem in Kritz Sammlung I S. 183 angeführten Erkenntnisse den Negatorienkläger zum Erfüllungseide darüber zugelassen hat, daß während des fraglichen Verjährungszeitraums der Beklagte sich ein oder mehrere Male die Erlaubniß erbeten habe, auf dem streitigen Wege zu fahren. Es ist bei dem fortgesetzten Gebrauch weniger auf das Bitten, als auf eine erweislich beliebige Widerruflichkeit zu sehen,*) wenngleich das precario rogare nach l. 1 § 3 l. 3 D. de precar. bei Entstehung der Servitut entscheidend über ihre Eigenschaft ist.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck (Seuffert, Archiv B. 6 Nr. 155):

Die Nichtexistenz eines bloßen Precarii oder die Anerkenntniß der Rechtmäßigkeit des fraglichen Besitzstandes kann aus dem Umstande, daß von der andern Seite (vom serviens) öfters das Ersuchen gestellt worden, den Wasserablauf einige Zeit unbenutzt zu lassen, oder doch erst zur Abendzeit zu benutzen, deshalb nicht gefolgert werden, weil die Form der Bitte auch aus Rücksichten nachbarlicher Freundlichkeit beliebt sein könnte.

Erkenntniß der Juristen-Facultät zu Berlin (in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V. 6 S. 191):

Die Einholung der Erlaubniß zur Servitutausübung ist kein Beweis für die precaria quasi possessio.

5. Ueber die Frage, in wie fern eine für das pati oder non facere geschehene Gegenleistung die Vermuthung des Precariums begründe oder ausschließe, spricht sich ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 1. März 1855 (in Sachen der Gebrüder Levy Harff wider Georg Schulte-Westhoff H. 704) dahin aus:

Daraus allein, daß das Fahren mit einer Gegenleistung verbunden gewesen, läßt sich die Annahme eines precarii nicht herleiten. Denn es kommt öfter vor, daß der, welcher eine Grundgerechtigkeit einräumt, sich dafür ein Aequivalent zusichern läßt und daß diese Vergütung auch als eine fortdauernde Abgabe festgesetzt wird. Das Gesetz selbst schreibt bei Errichtung s. g. nothwendiger Servituten vor, daß dem Eigenthümer des belasteten Grundstückes eine billige Vergütung zu Theil und solche im Falle fehlender Einigung auf eine jährliche Abgabe bestimmt werden müsse. A. L. R. I. 22 § 4. 6.

---

*) l. 1. pr. D. de precar. (43, 26). Curtius, Handb. des im K. Sachsen geltenden Civilrechts § 443 Note 6 Th. 2 S. 31.



Auch sonst ist dem Gesetze die Entrichtung einer Abgabe von Geld und Naturalien für die Ausübung einer Grundgerechtigkeit nicht fremd § 104 a. a. O.; und auch da, wo diese auf Verjährungserwerb gegründet wird, kann sie von einer Gegenleistung begleitet sein, welche dann als eine Reallast mit der Servitut parallel läuft.

Im vorliegenden Falle ergibt sich jedoch aus den Zeugenaussagen, daß die Vorbesitzer des Verklagten an die Vorbesitzer der Kläger bald Geld, bald Buchweitzen oder Korn, bald Wagenleitern und Bretter zur Entschädigung für das Fahren geliefert haben, daß also ein unfixirtes, lediglich von der Willkür des Gewährenden abhängiges Verhältniß vorgelegen hat. An eine Grundgerechtigkeit, als ein fortdauerndes, keinem Wandel und insbesondere keiner fremden Willkür unterworfenes objectiv dingliches Recht kann aber nur alsdann gedacht werden, wenn die Gegenleistung selbst als eine fixirte und unwandelbare erscheint. Wo dieses nicht der Fall ist, wo die Gegenleistung einer beständigen Abänderung unterworfen erscheint, und wo insbesondere der Eigenthümer des belasteten Grundstückes die Art und das Maaß der Gegenleistung von seinem Bedünken abhängig erhält, da läßt sich keine Grundgerechtigkeit, sondern nur ein wandelbares Rechtsverhältniß annehmen; denn wenn dem Empfänger der Abgabe das Recht zusteht, bald dieses, bald jenes zu fordern, so hat er es in seiner Hand, die Fortgewährung dessen, was er bisher gewährt hat, in dem Falle ganz zu verweigern, wenn das, was er fordert, verweigert wird, und überhaupt das ganze Rechtsverhältniß nach seinem Gutbefinden aufzulösen.*)

6. Bei gegenseitigen Duldungen benachbarter Grundbesitzer ist die im § 107 aufgestellte Vermuthung ausgeschlossen und daher ein Precarium anzunehmen.

Dieser Grundsatz ist in einem Erkenntnisse des Appellationsgerichts zu Hamm vom 26. Oktober 1854 (in Sachen Geck wider Himmen, auch mitgetheilt in der Arnsberger Jur. Monatsschrift S. 628) in folgender Weise ausgeführt worden:

Das Ergebniß des von dem Confessorien-Kläger geführten Beweises beschränkt sich auf die Feststellung der Thatsache, daß die Besitzer der aneinander stoßenden Gärten der Parteien seit länger als 30 Jahren an der beiderseitigen Grenze einen Streifen von $^{1}/_{2}$ bis $^{3}/_{4}$ Fuß Breite unbesaamt liegen gelassen, und die auf diese Weise gebildete Wegestrecke als Fußweg in der vom Kläger angegebenen Weise gemeinschaftlich gebraucht haben.

Ein solches rein thatsächliches Verhältniß kann für sich allein keinen Rechtsbesitz begründen. Es deutet nur auf eine gegenseitige nachbarliche

*) Leyser Med. ad Pand. sp. 510 m. 14: Tunc servitus constituta censetur, quando is, qui preces adhibet, pro concessione sibi data vicissim quid praestandum suscipit.

.... Poterit quis veram etiam servitutem adhibitis precibus adquirere. Fac enim, precari aliquem, ut sibi in alieno quid facere liceat, dominum annuere quidem, sed vicissim quid exigere, precantem etiam id praestandum suscipere. Vera tunc erit et irrevocabilis servitus, cujus naturam preces ab initio adhibitae non mutant. Et sic Icti Vitembergenses mense majo anni 1731 judicarunt.....

Gefälligkeit, die eben vermöge ihrer Gegenseitigkeit die im § 107 Tit. 7 Th. I A. L. R. aufgestellte Vermuthung schon von selbst ausschließt. Denn so lange der eine oder der andere Gartenbesitzer von seinem Rechte, den Garten von dem des Nachbars durch eine Scheidewand zu trennen, keinen Gebrauch machen will, stellt sich die gemeinschaftliche Benutzung des an der Grenzlinie nach beiden Seiten hin unbebaut gelassenen schmalen Streifens als Fußweges in keiner Weise für ihn als ein Nachtheil oder als eine Einschränkung seines Eigenthums dar. Was darin Lästiges für ihn liegen könnte, wird durch den von dem Nachbar ihm gewährten gleichen Vortheil sofort wieder aufgewogen. Es kann daher bei Keinem derselben die Meinnng einer ihm obliegenden Verpflichtung aufkommen. Daß eine solche Ansicht auch nicht bei dem Kläger abgewaltet habe, ergibt die von ihm im Jahre 1852 vorgenommene Erniedrigung seines Gartens, welche, wie die Zeugen bekunden, den gedachten Fußpfad auf des Klägers Seite fast ganz unbrauchbar gemacht hat. Mit Recht wird daher hieraus bei der völligen Gleichheit der vorliegenden Verhältnisse von dem ersten Richter gefolgert, daß auch der Kläger den zum Nachbargarten gehörigen Wegestreifen nicht in Voraussetzung eines ihm zustehenden Rechts betreten habe. Daß überhaupt die von den Eigenthümern an einander grenzender Grundstücke sich gegenseitig gestattete Benutzung ihrer Grundstücke nur unter besondern Umständen als wechselseitige Grundgerechtigkeit angesehen werden soll, ist in Beziehung auf die Koppelhütung im § 136 Tit. 22 a. a. O. ausdrücklich ausgesprochen.

Anfang des Besitzes.

§§ 109. 110. Der gedruckte Entwurf enthielt nur eine Vorschrift über den Anfang des Besitzes der Rechte:

§ 76. „Der Anfang des Besitzes wird von der ersten Handlung an gerechnet, wodurch das Recht ausgeübt worden."

Goßler bemerkte dabei:

„Es sollte hier auch von dem Anfange des Besitzes körperlicher Sachen etwas gesagt werden."

In Folge dessen ist in den umgearbeiteten Entwurf (§§ 108, 109) die mit einigen Wortänderungen in das A. L. R. übergegangene, allgemein gefaßte Bestimmung der §§ 109. 110. aufgenommen worden. Simon u. v. Strampff, Mater. S. 268 u. 366.

Uebrigens sind dieselben ohne praktischen Werth; sie verstehen sich nach dem Begriffe des Besitzes und nach den Grundsätzen über dessen Erwerb ganz von selbst. Ist der Besitz die thatsächliche Unterwerfung des Rechtsobjektes unter den Willen einer Person, so kann er natürlich erst mit dem vollendeten Dasein dieses Herrschaftsverhältnisses beginnen. Was diesem Momente vorhergeht, ist eben noch kein Besitz. Dies ist auch vom A. L. R. in mehreren Anwendungen ausgesprochen:

Th. I Tit. 9 § 9. „Wer eine herrenlose .. Sache wirklich in seine Gewalt bringt, der wird von dem Augenblicke an, da solches geschieht, Eigenthümer der Sache."

Th. I Tit. 9 § 10. „Absicht und bloßes Bestreben aber, sich eine herrenlose Sache zuzueignen, ist zur Erwerbung des Eigenthums derselben noch nicht hinreichend."

Th. I Tit. 9 § 128. „Die Besitznehmung durch die Jagd ist erst alsdann für vollendet zu achten, wenn das Thier todt oder lebendig in die Gewalt des Jagenden gekommen ist."*)

---

Fortsetzung und Verlust der Gewahrsam und des Besitzes.

Vergl. Koch, die Lehre vom Besitz (2. Ausg. Breslau 183 S. 187—204.

Darstellung der Lehre vom Besitz ꝛc. von einem preuß. Juristen (Berlin 1840) S. 88 f.

Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) Nr. I.

insbesondere aber:

Dr. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipzig 1857) S. 104 f.

§§ 111—113. Das Allgemeine Landrecht tritt in dieser Lehre durch die scharf hervorgehobene Unterscheidung zwischen dem Verluste der Gewahrsam und dem Verluste des Besitzes in einen unverkennbaren Gegensatz zu den Grundsätzen des römischen Rechts, wie sie durch neuere Forschungen dargelegt sind, ohne jedoch etwas Neues, von der früheren Anschauungsweise Abweichendes schaffen zu wollen.

Ueber das richtig verstandene Prinzip des römischen Rechts spricht sich ein neuerer Schriftsteller: Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren ꝛc. (Leipzig 1857) S. 311—313 dahin aus:

Besitz in seiner gewöhnlichsten Gestalt und sinnlichsten Auffassung setzt voraus, daß die Sache in unserem Gewahrsam (custodia) sei; allein hierbei kann eine freiere Rechtsanschauung nicht stehen bleiben, und es handelt sich nur darum, gewisse prinzipielle Anhaltspunkte für die Ausdehnung der ursprünglichen Gestalt festzustellen. Die römischen Juristen sind hierbei mit sicherem Takt verfahren; mit fast allseitiger Zustimmung hat v. Savigny in seiner Besitzlehre (§ 31 S. 395) den der römischen Theorie zugrundeliegenden Generalgesichtspunkt nach dem Vorgang des

---

*) Gajus l. 5 § 1 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Illud quaesitum est: an fera bestia, quae ita vulnerata sit, ut capi possit, statim nostra esse intelligatur. . . . Plerique non aliter putaverunt eam nostram esse, quam si eam ceperimus, quia multa accidere possunt, ut eam non capiamus. Quod verius est.

Nerva[1]) in dem Satze ausgedrückt, daß zu dem Besitzstande verlangt werde, die Möglichkeit physischer Einwirkung auf die Sache (oder das Verhältniß unmittelbarer Herrschaft über die Sache) nach Willkür reproduciren zu können. — Die Römer hielten aber keineswegs mit Aengstlichkeit an jenem Prinzipe fest. Hiernach läßt sich eine strengere und eine freiere Besitzmaxime unterscheiden; beide finden sich im röm. Recht vertreten und nun ist die erstere bei den meisten Mobilien, am strengsten bei den bestiae, die zweite, freiere, aber bei den Immobilien zur Anwendung gebracht.... Die fundi anlangend, gilt als Prinzip, was Paulus in l. 3 § 9 h. t. so ausdrückt: „Constat possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi dejecti fuerimus." Also abgesehen von freiwilliger Besitzentäußerung soll nur durch Besitzentsetzung Seitens eines Andern, welcher sich eindrängt, der Besitz an einem Grundstücke verloren gehen, nnd auch dieses Eindrängen soll nur unter besonderen Voraussetzungen (l. 6 § 1 l. 7 h. t.) als wirkliche und definitive Besitzentsetzung wirken. Wo nicht Dereliktionsentschluß oder Gewalt vorliegt, verbleibt der Besitzer im Besitz, auch wenn er sich vom Grundstücke auf längere Zeit zurückzieht (l. 1 § 25 de vi, 43, 16; l. 37 § 1 de usurp. 41, 3). Durch diese Theorie wird eine Kontinnität in der juristischen Objektsqualität erzielt, welche für die Sicherheit und Uebersichtlichkeit der wechselnden Verkehrsbeziehungen nicht ohne Bedeutung ist; es hatte aber bei Grundstücken um so weniger Bedenken, eine solche Kontinuität anzunehmen, weil, wenn nicht durch Erdbeben oder Flußlaufsveränderung, Grundstücke nicht absolut verloren gehen, also der physische Herrschaftsbezug zu ihnen nicht dauernd unterbrochen werden kann....

Besonders beachtenswerth aber ist die Darstellung Delbrück's a. a. O., aus der wir entnehmen können, wie nahe verwandt die Auffassung unseres Landrechts der der italienischen Juristen und ihrer Nachfolger ist, die unter dem Einfluß germanischer Anschauung sich unbewußt vom röm. Recht entfernten.

Es wird hier gesagt:

..... Die possessio, quae animo solo retinetur — eine Wendung, die übrigens eben nicht häufig ist[2]) — bezeichnet den nicht aufgehobenen Besitz des zufällig Abwesenden. Dieser Besitz ist kein fingirter, da das augenblicklich nur unterbrochene äußerliche Verhältniß jederzeit reproducirt werden kann und deshalb als fortbestehend angesehen wird. Anders faßten die Glossatoren und Postglossatoren die Sache auf. Sie faßten nicht nur,

1) l. 3 § 13 D. h. t. (41, 2): Nerva filius res mobiles, excepto homine, quatenus sub custodia nostra sint, hactenus possideri: id est quatenus, si velimus, naturalem possessionem nancisci possimus. Nam pecus simulatque aberraverit, aut vas ita exciderit, ut non inveniatur, protinus desinere a nobis possideri, licet a nullo possideatur; dissimiliter atque si sub custodia mea sit, nec inveniatur, quia in praesentia ejus sit, et tantum cesset interim diligens inquisitio.

2) § 5 J. de interd. (4, 15), l. 3 § 11, l. 6, l. 25 § 2, l. 27 D. h. t., l. 1 § 24, 25 D. de vi (43, 16).

indem sie das äußerliche Verhältniß zur Sache als die Grundlage des Besitzes nahmen, den Besitz des Abwesenden als einen fingirten Besitz auf, sondern sie schränkten auch die possessio, quae solo animo retinetur, keineswegs auf den Besitz des Abwesenden ein, vielmehr begriffen sie darunter den Besitz eines jeden, der behaupten konnte, daß er denselben nicht freiwillig aufgegeben habe, woraus denn weiter der Satz folgte, daß der Besitz **solo corpore** nicht verloren gehen könne. Letzteren Satz, der freilich scheinbar durch die Quellen gestützt wurde,[1]) hat schon die Glosse zu **l. 153 D. de R. J.: quod est verum, ut duo sint necessaria in amittendo, si incipias a corpore, secus si ab animo.**

Mit diesem Satze und der Lehre vom fingirten Besitze war eigentlich Alles gegeben; die Glossatoren unterscheiden sich daher von ihren Nachfolgern nur dadurch, daß sie die Consequenzen ihrer Lehre nicht vollständig ziehen, denn in den einzelnen in den Quellen entschiedenen Fällen halten sie sich streng an diese Entscheidungen. Ihr Standpunkt ist hier der des naiven Widerspruchs. So finden sich bei Azo folgende Sätze ganz friedlich neben einander:

> **Solo corpore non amittitur possessio; — amittitur possessio, si fuit surrepta res mobilis;** und hinsichtlich unbeweglicher Sachen: **si fuero dejectus. Summa Cod. VII. 32. Nr. 37. 34. 35.**

Eine Lösung des Widerspruches wird in der Glosse angedeutet:

> **amittitur naturalis (possessio) sine animo, sed cum datur ibi. Uti possidetis occasione civilis, non videtur amissa.**

Dies konnte man aber nur von unbeweglichen Sachen sagen, in Bezug auf Mobilien heißt es daher: **rerum mobilium vilis et abjecta possessio.**

Zur näheren Entwickelung dieser Sätze boten die Quellen eine treffliche Gelegenheit in Behandlung der Frage dar, inwiefern der Besitz eines Grundstücks für einen Abwesenden durch Occupation verloren geht.[2]) Ueber die Ausbildung und das Verständniß dieser hier berührten Lehre sind wir jetzt durch Savigny (s. besond. S. 410 f.) vollständig aufgeklärt. Der Besitzer eines Grundstückes ist abwesend, ein Anderer occupirt es, der vorige Besitzer erfährt dies, wagt aber aus Furcht nicht, jenen wieder zu vertreiben; alsdann verliert er in diesem Augenblick den Besitz an den Andern, der bis dahin trotz der Occupation gar keinen Besitz hatte, von nun an aber eine wahre und zwar **violenta possessio** hat. Wie nun aber, wenn der vorige Besitzer, nachdem er die Occupation erfahren, sich beruhigt, aber nicht aus Furcht, sondern aus andern Gründen, etwa weil er es vorzieht, zu vindiciren? Dieser Fall ist in obiger Stelle nicht berührt; Savigny sagt: der Besitz geht verloren und zwar durch den Willen

1) **Paulus l. 153 D. de R. J. .... Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in quam utrumque in contrarium actum** (desgl. **l. 8 D. h. t**). Vergl. dazu v. Savigny S. 385 f.

2) **Pompon. l. 25 § 2 D. h. t.: Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero, quod quasi magis probatur, usque eo possideamus, donec revertentes non aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et id videtur utilius esse.**

des vorigen Besitzers, animo, die neue possessio ist eben deshalb gar nicht vitiosa. Ganz anders faßten die Italiener die Sache auf. Sie legten zunächst dem neuen Besitzer schon vom Augenblick der Occupation Besitz bei und ließen sodann für den vorigen Besitzer den Besitz nur in dem ausdrücklich vom Juristen erwähnten Falle, da er nämlich aus Furcht sich beruhigt, verloren gehen, während sie dann, wenn er ohne das Motiv der Furcht sich beruhigte, ihn fortdauernd als Besitzer ansahen und zwar als Civilbesitzer.

Gl. tamen possides zu l. 3 § 6 h. t.: possides civiliter et ille naturaliter, donec rediens non admittaris vel repelli suspiceris.

Nun hatte man zwei Besitzer derselben Sache, was auch als Ausnahme von der Regel: plures eandem rem in solidum possidere non possunt ausdrücklich anerkannt wurde.

Gl. si duo zu l. 3 D. U. P. (43, 17): diversimode possident, non eodem modo, sed unus civiliter, alter naturaliter.

Der Besitz des Eingedrungenen aber hieß clandestina possessio. Dieser heimliche Besitz, der bekanntlich nach echt röm. Recht, wenigstens nach dem der neueren Zeit, an Grundstücken gar nicht mehr möglich ist, spielte nun eine große Rolle und diente dem Civilbesitz in dem entwickelten Sinne als Folie. Der Civilbesitz war nun der frühere und der Naturalbesitz der gegenwärtige Besitz. Rogerius sagt: qui ab adversario vi possidet hoc interdicto inferior est; potior enim est illius civilis possessio, quam adversarii naturalis detentio. — So lange nun dieser Civilbesitz bestand, konnte kein Anderer Civilbesitzer in diesem Sinne werden, auch derjenige, der bona fide die Sache vom Occupanten erwarb, nicht. Man mußte sich daher die Frage vorlegen, wie lange denn eigentlich ein solcher Civilbesitz fortbestehe.... Menochi sagt: Uno fere ore affirmant possessionem civilem, quae animo retinetur, decennali negligentia amitti (de recuper. poss. VII Nr. 25).

Diese Grundsätze der Glossatoren über den Civilbesitz, welche sich zunächst nur auf den abwesenden Besitzer eines Grundstücks bezogen, wurden nun von ihren Nachfolgern und von den Canonisten verallgemeinert und bestimmter ausgeprägt... (Der Verfasser bringt hierbei eine Reihe von Belägen bei.)

Von Irnerius also bis Menochi und Mascard, mithin während der ersten 400 Jahre seit dem Wiederaufblühen der Wissenschaft, heißt der ehemalige Besitzer, der nicht aufgehört hat, noch gegenwärtig Besitzer sein zu wollen, civilis possessor; er war ehemaliger und gegenwärtiger Besitzer zugleich, in letzterer Eigenschaft wurde ihm sogar das Recht der Selbsthülfe eingeräumt. Selbst in Ansehung der beweglichen Sachen wurde allmälig diese Auffassung geltend, obwohl Viele den Standpunkt der Glosse, daß die possessio rerum mobilium vilis et abjecta sei, im Anschluß an das germanische Recht festhielten. Hier ist keine Spur römischen Geistes, desto deutlicher aber der Einfluß germanischer Anschauung zu erkennen... (S. 104—110).

Diese Auffassungsweise, die mit dem röm. Recht nichts als die Kunstwörter gemein hat, erhielt sich auch noch, wie Delbrück weiterhin

zeigt, in der späteren Zeit und machte sich nicht allein in der Praxis, sondern auch in Rechtsbüchern geltend. So sagt:

Jo. Faber (ad Inst. de Interd. § Retin. Nr. 21. 22).

.... civilis (possessio) retinetur animo ut clamant omnia jura: igitur si probem me ante possedisse et dicam me adhuc possidere animo, probatio illa sufficit. Nam praesumitur animus nisi probetur depositio animi et sic semper sum possessor. Si enim dicas me perdidisse possessionem, tibi incumbat onus probandi.

Delbrück S. 127.

Petrus de Ferrariis (in seiner berühmten Practica):

probando se possedisse et allegando adhuc possidere praesumitur continuata possessio. (Ebend. S. 129.)

Gobler, Rechtsspiegel (1558) Th. V. Von Besitz und Gewehre:

.... Der natürliche Posseß wird auf mancherley weise entzogen. auch wo es heimlich entwendet oder mit Gewalt genommen wird: aber der bürgerliche Posseß wird allein durch das gemüt verloren, nämlich wenn einer den Fürsatz seines Gemüthes hinfaren läßt.

Gaill († 1587) de pace publica I. 16. Nr. 16:

Item si dominus ab alio injuste... pellatur, quod posset.. recuperare... etiam post decennium, et talis recuperatio non pro spolio sed possessionis continuatione accipitur: nam qui continuat suam possessionem .. et qui se praeparat ad recuperandum animo retinet possessionem et tacite rixatur et contendit cum illo, qui rem violenter et naturaliter tenet. (Ebendas. S. 134.)

Matth. Wesenbec (Com. in Pand. olim Paratitla ad lib. 43 tit. [illegible] Nr. 5. 6.):

juris interpretatione pro possessore est non ille, qui injuste occupavit. Dejectus quoniam et corpore amisit, tamen civiliter, i. e. civili interpretatione, et quod ad jus agendi, nisi velit, non amittit possessionem. (Ebendas. S. 137).)

Das Landrecht des Herzogthums Preußen von 1685 gibt in den nachfolgenden Bestimmungen ganz die Lehre der Italiener wieder:

B. III Tit. 5. Von Besitz und Gewehr der Güter, Art. 2 § 1: „Die Possession kann allein mit dem Gemüth erhalten werden ... und da gleich diese (Stellvertreter im Besitz) die Possession und Besitz auß Betrug oder sonsten aus Fahrläßigkeit verließen oder aber gestorben wären, dadurch dem Andern Ursach und Anlaß gegeben würde, dieselbige einzunehmen und zu besitzen, so wird doch dadurch dem vorigen Possessor sein Besitz oder Gewehr nicht genommen, dann er dieselbe in diesen und andern dergleichen Fällen solo animo, mit dem Gemüth wohl behalten mag."

Art. 3 § 4: „Gleichergestalt, so ein Herr ... in seinem Abwesen spoliiret und entsetzet wäre ... hat er doch den Besitz ... im Gemüth haben und behalten mögen." (Ebendas. S. 231.)

Diese dogmengeschichtliche Darstellung Delbrück's*) ist es auch,

*) Derselben mag hier noch hinzugefügt werden, daß die dem röm. Recht völlig entsprechende Ansicht über die possessio, quae solo animo retinetur, sich

welche uns den besten Aufschluß über das Verständniß der im Sinne der früheren Doctrin abgefaßten Vorschriften unseres Landrechts gewährt. — Man glaubte die Gewahrsam (das corpus) von dem einmal erworbenen Besitze unbeschadet des letzteren trennen und somit auch ohne sie die Fortdauer des Besitzes als eines Rechtszustandes annehmen zu können. Das röm. Recht selbst schien durch die Gegeneinanderstellung von naturalis und civilis possessio hülfreiche Hand dazu zu bieten. Daß die Redaktoren des Landrechts in diesem, durch germanische Rechtsanschauung begünstigten,*) Irrthum der italienischen Juristen gleichfalls befangen waren,

schon bei Donellus (com. de jure civili Lib. V. cap. VI § 15) findet, welcher bemerkt:..... Ego etiam hanc possessionem, quae retinetur animo, detentionem esse intelligo, et quidem corporalem illam, quae prius habebatur, cum primum possessor fundum ingressus est, et cum esset in fundo. Neque hujus rei argumentum ullum potest esse certius, quam hoc ipsum, quod dicitur possessio animo retineri, ut est concepta superior definitio. Non retinetur, nisi ea, quae prius fuit. At ea erat corporalis, in detentione et facto posita. Quare et haec, quae retinetur animo, nihil nisi corporalis illa detentio est, quae prius fuerat. Neque enim haec retentio tribuitur ei solum, qui juste possessionem nactus est, ut quis dicat, hoc animo non detentionem, quae prius fuerat, sed jus possidendi, quod quaesitum erat, retineri. Etiam praedo, qui possidendi jus nullum habuit, possessionem animo retinet, ubi certe dici nihil potest, nisi possessionem naturalem et corporalem, quae prius fuisset, animo retineri.

Gleichwohl scheint auch Donell die possessio solo animo retenta als einen fingirten Besitz anzusehen; denn er fährt unmittelbar fort (§ 16 l. c.): At enim hoc absurdum est, dixerit aliquis, eum dici corpore tenere, qui corpore exiit e fundo. Sane vero natura non tenet: sed tenet juris interpretatione. Unde haec possidendi ratio dicitur jure consistere (l. 10 C. h. t.). Jure consistit, quia jus eum, qui animo velit retinere possessionem, perinde habet, quasi vere possideret, id est, teneret corpore et rei insisteret. Nec temere ita interpretatur. Sic enim habere quisque possessionem recte existimatur, si cum corpore exit e fundo, aut rem deposuit e manibus, potest possessionem naturalem repetere, cum velit, neque vero diutius possidere quisquam jure intelligitur (l. 3 § 13 D. h. t.).

Vergl. ebendas. § 11:.... Quaesita autem semel possessione, placet, quemque tamdiu eam retinere, non quamdiu per jus licet, sed quamdiu naturaliter, id est, naturali et corporali prehensione, potest possessionem repetere, cum velit. Ubi autem, cum velit, repetere non potest, continuo desinit possidere.

*) In der „Darstellung der Lehre vom Besitz rc. von einem preußischen Juristen" wird hierüber (S. 39, 40) gesagt: Im röm. Rechte, wo nur der mächtige Wille den Besitz bewahrte, ging derselbe in der Regel verloren mit dem Verluste der Gewahrsam; im german. Rechte dagegen war eben im Falle der

beweisen zur Genüge die veröffentlichten Materialien, wenn auch vielfach in diesen die richtige Ansicht durchblickt.*) Es wird hier gesagt:

§ 161 der Materialien von Klein: „das Besitzrecht des bloßen Inhabers geht, wenn es nicht auf frischer That durch Nachsuchung obrigkeitlicher Hülfe, oder durch eigene Handlungen, verwahrt worden, mit dem körperlichen Besitze zugleich verloren."

---

Entwehrung es an der Zeit, den der Sache zukommenden Schutz zu gewähren, der Besitz ging daher durch bloß faktische Entziehung desselben nicht verloren und die Gewehr verblieb als juristische Gewehre. Aehnliches findet im A. L. R. statt. Hier wo der Besitz nur die Erscheinung des Rechtes ist, geht derselbe ebenfalls nicht unter durch den bloßen Verlust der Gewahrsam, sondern lediglich durch den Verlust des Rechts. Letzteres aber kann entweder verloren werden durch den allgemeinen Willen, welcher sich ausspricht im Gesetze, im richterlichen Urtel, oder durch den Willen des Besitzers selbst, der aber sich kund geben muß in dem äußerlichen Aufgeben des bisherigen Verhältnisses.

*) Hierher gehören:

§ 145 von Klein's Mater. „Sobald eine bewegliche Sache in die Gewahrsam eines Andern geräth, der solche nicht im Namen des vorigen Besitzers inne hat, ist der Besitz derselben verloren gegangen."

(Simon und v. Strampff Mat. S. 29).

§ 636 des Kircheisenschen Entwurfes. „Ein Jeder bleibt so lange in dem einmal erworbenen Besitz, bis es ihm durch eine Handlung oder Begebenheit unmöglich wird, weiter über die Sache, selbst oder durch Andere, zu verfügen."

§ 641. „Hat kein Anderer, Namens des Besitzers, die Sache inne, und es wird dem Besitzer durch die Handlung eines Dritten, oder durch einen Zufall, unmöglich gemacht, über die Sache weiter zu verfügen, so kann der Besitz nicht durch die bloße Absicht, den Besitz fortzusetzen, erhalten werden."

§ 642. „Steht dieser Absicht weder die Handlung eines Dritten, noch eine zufällige Begebenheit im Wege, und hängt es solchergestalt von dem Besitzer ab, fernerweit über die Sache zu verfügen, so wird der Besitz, durch die bloße Absicht zu besitzen, fortgesetzt." (Ebendas. S. 82, 83.)

§§ 78 und 79 des gedruckten Entwurfs (mit den Bestimmungen des ersten Entwurfs fast gleichlautend): „Der einmal erworbene Besitz wird, der Regel nach, durch die bloße Absicht zu besitzen, fortgesetzt."

„Diese Absicht ist jedoch nicht hinreichend, wenn es dem bisherigen Besitzer durch eine Handlung oder Begebenheit unmöglich wird, über die Sache selbst, oder durch Andere, zu verfügen." (Ebendas. S. 269.)

Suarez, Bemerkung zu §§ 76 f. des gedr. Entw. Nr. 2: „Der röm. Grundsatz: possessio continuatur solo animo ist nur in dem Verstande wahr, daß, wenn Jemand eine Sache oder ein Recht einmal in Besitz genommen hat, dieser Besitz immer fortdauere, wenn er auch weiter keine actus possessorios ausübt, so lange die Sache nur noch in seiner Gewahrsam bleibt; denn kommt sie aus dieser Gewahrsam heraus, so ist der bloße animus allein offenbar nicht in allen Fällen hinreichend, den Besitz zu continuiren."

(Ebendas. S. 275.)

§ 162. „Der bürgerliche Besitz geht nicht verloren, wenn nicht auch der Zustand der Sache so geändert worden, daß der Besitzer weder selbst, noch durch Andere, darüber verfügen kann."

Simon und v. Strampff, Mat. S. 31.

Gegen die im § 1 des gedruckten Entwurfes enthaltene Definition der Gewahrsam wurde von einem Monenten vorgebracht:

......„Man kann vollständiger Besitzer einer Sache sein, auf die man doch zur Zeit physisch zu wirken außer Stande ist. Ein Jeder bleibt Besitzer seines Vermögens, wenn er gleich durch Gefangenschaft, Gewalt oder Zufall von allem Einfluß auf dasselbe gänzlich abgeschnitten worden...."

Hiergegen bemerkte Goßler:

„Der Monent verwechselt die Begriffe von Gewahrsam und Besitz. Gewahrsam oder Detention kann ohne physisches Vermögen nicht gedacht werden, Besitz aber allerdings, besonders wenn nur von Fortsetzung desselben die Frage ist. Gewahrsam ist ein bloß physisches Verhältniß, Besitz hingegen ein bloß moralisches."*)

Ebendas. S. 202, 203.

Zum § 75 des gedruckten Entwurfes erinnerte ein Monent:

„Es scheint, daß hier, so wie nachher in den §§ 82, 83 die Gewahrsam mit dem Besitze vermengt worden; wenigstens müßte ein Unterschied unter den Handlungen gemacht werden..... Es sollte bestimmter gesagt werden, daß in den Fällen der §§ 79. 82. 83 das Recht des Besitzes selbst nicht verloren gehe, wenngleich Jemand des physischen Besitzes unrechtmäßig entsetzt worden.

Goßler bemerkte hierzu: „Scheint nicht unerheblich."

Ebendas. S. 270.

Zu den §§ 76—92 des gedruckten Entwurfes äußerte Suarez:

1. „Bei der Materie von Fortsetzung und Verlust des Besitzes sind Gewahrsam und eigentlicher Besitz nicht genugsam von einander unterschieden. Die Gewahrsam kann verloren gehen, und doch der Besitz fortdauern. Ebenso sind Fälle möglich, wo die Gewahrsam fortgesetzt wird und doch kein Besitz in sensu juris mehr vorhanden ist.

3. ...... Der § 79 ist ebenfalls in der Verbindung und nach der Fassung, wie er da steht, nicht richtig; denn es sind Fälle möglich, daß ich die Gewahrsam einer Sache dergestalt verloren haben kann, daß es mir nicht mehr möglich ist, darüber zu disponiren, und doch habe ich den Besitz noch nicht verloren, z. E. die mir von einem unbekannten Spitzbuben gestohlene Uhr......

*) Vergl. die Bemerkung Klein's (ebendas. S. 10): „Wenn ein Anderer die Sache in meinem Namen besitzt, so mangelt mir die physische Möglichkeit, über die Sache zu verfügen, vielmehr habe ich solchenfalls nur eine moralische Möglichkeit, oder das Recht, den Inhaber zu zwingen, daß er seine physische Möglichkeit, über die Sache zu disponiren, meiner Absicht gemäß brauche. —

6. Die Sätze vom Verlust des Besitzes, §§ 78—92, sind zu sehr durcheinander geworfen und stehen in gar keinem ordentlichen Zusammenhange. Der Besitz wird verloren:

a. durch Veränderung in der Sache selbst, wodurch die fernere Gewahrsam derselben dem bisherigen Besitzer unmöglich wird, z. B. per rei interitum, durch eine solche a tertio unternommene mutationem formae, wodurch die Sache aufhört, dieselbe zu sein ꝛc.;

b. per derelictionem;

c. dadurch daß der Besitz einer aus der Gewahrsam des bisherigen Besitzers gekommenen Sache von einem Andern ergriffen wird, insofern nur diese neue Besitzergreifung nec vi, nec clam, nec precario geschieht......

Ebendas. S. 275, 276.

Das Oesterreichische Gesetzbuch hat sich von dieser Mischung römischer und germanischer Rechtsansichten freigehalten, schließt sich vielmehr einfach den Grundsätzen des römischen Rechts an, indem es bestimmt:

§ 349. „Der Besitz einer körperlichen Sache geht insgemein verloren, wenn dieselbe ohne Hoffnung, wiedergefunden zu werden, in Verlust geräth; wenn sie freywillig verlassen wird; oder in fremden Besitz kommt."

§ 352. „So lange noch Hoffnung vorhanden ist, eine verlorne Sache zu erhalten, kann man sich durch den bloßen Willen in ihrem Besitze erhalten. Die Abwesenheit des Besitzers oder die eintretende Unfähigkeit, einen Besitz zu erwerben, heben den bereits erworbenen Besitz nicht auf."

---

## §§ 114. 115.

Proculus l. 27 D. h. t.: Si is, qui animo possessionem saltus retinet, furere coepisset, non potuit, dum fureret, ejus saltus possessionem amittere, quia furiosus non potest desinere animo possidere.

Paulus l. 4 § 3 D. de usurp. (41, 3): Furiosus, quod ante furorem possidere coepit, usucapiet.... (L. 44 § 6 eod.).

„Die §§ 114. 115 sind materieller Natur und gehören eigentlich nicht hierher."

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilrechts im Grundr. S. 41.
Vergl. auch Thöne, Fundamentallehren B. 2 S. 392, 393.

---

## § 116. 1.

Ulp. l. 13 pr. D. h. t.: Pomponius refert, quum lapides in Tiberim demersi essent naufragio, et post tempus extracti, an dominium in integro fuerit per id tempus, quo erant mersi? Ego dominium me retinere puto, possessionem non puto....

Paul. l. 30 § 3 eod.: Item, quod mari aut flumine occupatum sit, possidere nos desinimus...

Id. l. 3 § 17 eod: Labeo et Nerva filius responderunt: desinere me possidere eum locum, quem flumen aut mare occupaverit.

2. Ein Ereigniß der im § 116 gedachten Art ist auch die Spezifikation.[1])

Paul. l. 30 § 4 D. h. t.: Item, quod mobile est, multis modis desinimus possidere .... Item si id, quod possidebamus, in aliam speciem translatum sit, veluti vestimentum ex lana factum.

3. Ueber den Verlust des Besitzes durch Verbindung zweier Sachen vergl. die Abhandlung von Thibaut im Archiv für die civil. Praxis B. 7 S. 79—86. Desgl. das in Seuffert's Archiv B. 11 Nr. 210 mitgetheilte Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 12. Septbr. 1835, in welchem der Grundsatz ausgeführt wird:

Die Verbindung oder Vereinigung mehrerer Grundstücke zu einem Ganzen schließt an und für sich den juristischen Besitz eines jeden einzelnen derselben nicht aus und bewirkt nicht die Unterbrechung einer Usucapion.

---

§§ 117—121. 1. Diese Paragraphen behandeln den Verlust des Besitzes animo et corpore.[2]) — Man kann hierin eine Abweichung von dem römischen Recht finden, welches den Verlust des Besitzes sofort mit dem Entschlusse, nicht mehr besitzen zu wollen (animus non possidendi), eintreten läßt, mithin die „Aufgebung der Gewahrsam" nicht erfordert.

Paulus l. 3 § 6 D. h. t.: In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti et animo solo potest, quamvis acquiri non potest.

Ulp. l. 17 § 1 eod.: Differentia inter dominium et possessionem haec est, quod dominium nihilominus ejus manet, qui dominus esse non vult, possessio autem recedit, ut quisque constituit nolle possidere ....[3])

Allein betrachten wir die Sache näher, so möchte eine solche Abweichung nicht anzunehmen sein. Der bloße Wille, so lange er noch nicht zur Bethätigung gekommen und dadurch in die äußere

---

1) Vergl. die Bemerkung von Suarez oben S. 326 unter Nr. 6a.

2) Heydemann a. a. O. S. 41.

3) Ueber den hier angedeuteten Unterschied bemerkt Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. 2 (Leipzig 1857) S. 181 und Note 31: „Das Recht gewährt nicht bloß dem Berechtigten eine Macht, sondern es ist selbst eine reale Macht, ein reell Existirendes, das wie zu seinem Entstehen so zu seinem Untergang besonderer Vorgänge bedarf. Sehr deutlich tritt dieser Unterschied beim Besitz und Eigenthum hervor: der Besitz geht durch den bloßen Willen des Besitzers, nicht mehr zu besitzen, unter; das Eigenthumsrecht dagegen geht durch den bloßen Willen des Eigenthümers nicht verloren, sondern es ist noch ein besonderer Act, eine Realisirung dieses Willens erforderlich (Dereliction), um den Eigenthumsverlust herbeizuführen."

Erscheinung getreten ist, kann als ein reines internum eine Aenderung in den Beziehungen zur Außenwelt nicht hervorbringen. Er ist für diese noch gar nicht vorhanden, weil ihm jede Erkennbarkeit gebricht. Erst durch die That tritt er ins Leben. Bis dahin fehlt es an einem „in contrarium actum“ l. 8 D. h. t. l. 153 D. de R. J.

So lange daher der animus non possidendi, so ernstlich er auch gefaßt sein mag, sich durch ein entsprechendes Handeln noch nicht kund gegeben hat, so lange ist das den Besitz begründende Herrschaftsverhältniß zur Sache noch ungeändert geblieben, der Wille als noch nicht aus der Sache zurückgezogen anzusehen.*) Hierauf beruhen die §§ 119—121, welche bloße Regeln über die interpretatio voluntatis enthalten, und worin gewiß Niemand etwas dem römischen Recht Widersprechendes wird finden wollen. Liegt nun aber ein zur That gewordener Wille, nicht mehr zu besitzen, vor, so läßt sich allerdings behaupten, daß nun auch das corpus verschwunden ist. Diese Ansicht wird schon von Donellus (com. de jure civ. Lib. V cap. XIII) geltend gemacht. Er sagt hier:

§ 4. ..... Ac primum illud tenendum est, verissime dici, et sine exceptione, possessionem, quae quidem facto nostro, non invitis nobis, amittatur, non nisi animo et corpore amitti, sive a corpore initium fiat ejus omittendae, sive ab animo. Fingamus, corpore solo discedi a possessione, non etiam animo. Constat, hic possessionem non amitti, quia animo solo possessio retinetur. Fingamus, discedi animo solo, cum adhuc in fundo sumus: dicimus quidem, hic possessionem amitti, sed intelligendum est, hoc eo fieri, quia animo amissa simul et corpore amittitur, ut hic quoque verum sit, non nisi utroque amitti, animo et corpore. Neque hoc mirum sit, cum de eo agatur, qui adhuc corpore sit in fundo. Potest animus sine corpore possidere: corpus, animo remoto, non potest. Nam tenere et possidere, non est corpore rem contingere: sed ita attingere, ut affectionem tenendi habeas. In quo haec affectio aperte non est, non possidet, non tenet, etiamsi solo corpore rem contingat. — — — — Si verum amamus, animus est, qui possidet, in quo et corporis ministerio utitur. Renuente eo, cui imperandi potestas est, nunquam minister possideret: ac ne posset quidem id, quod voluntatem et affectum extra animum non habet.

*) Vergl. Koch, die Lehre vom Besitz S. 208 und Kommentar zum A. L. R. § 117 d. T. Insofern ist auch dem in Klein's Materialien § 10 aufgestellten Grundsatze beizustimmen:

„Der einmal erlangte Besitz, von welcher Art er auch sei, kann ohne eine äußere Handlung oder Begebenheit nicht verändert oder verloren werden.“ Simon und v. Strampff Mat. S. 10.

§ 5. . . . . Cum dicimus possessionem solo animo amitti, intelligimus, amitti solius animi facto et opera, nempe voluntate et affectione, quae solius animi est; ut hic animus significet velut instrumentum amittendae possessionis. . . . Amittitur enim animi solius opera hanc repudiantis: sed ita ut simul hanc amittat animus et corpus . . . vere amittitur utroque: sed animo principaliter, corpore autem per consequentiam, dum animi omissio in corpore quoque possessionis amissionem secum trahit; seu dum animus possessionem amittens hanc quoque corpori adimit. . . . . .

Diese Auffassung erhält nun auch volle Unterstützung durch alles dasjenige, was in den Glossen zu §§ 1—3 d. T.[1]) über die Inhaltslosigkeit des Begriffes einer von dem Bewußtsein und der Willensrichtung des Inhabers losgelösten Gewahrsam ausgeführt ist; denn es folgt daraus von selbst, daß diese Gewahrsam mit dem Augenblicke aufhört, eine solche zu sein, wo der animus, das belebende Element, sich von ihr scheidet.

2. „Wenn Zweifel obwaltet, ob eine Sache als verloren oder als derelinquirt anzusehen ist, so entscheidet die Regel, daß die Absicht der Dereliction nicht zu vermuthen ist, wenn nicht die Umstände dafür sprechen." [2])

Delbrück in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern B. 3 S. 20.

---

§ 122. In Betreff dieser Vorschrift, welche vermöge der bedeutungsvollen Worte „auf eine fehlerfreie Art" sich als eine bloße Konsequenz der auch ausdrücklich darin in Bezug genommenen §§ 96—108 darstellt und insofern eine erhebliche Abweichung vom römischen Recht enthält,[3]) ist auf die Glossen zu §§ 111—113 (oben S. 318 ff.) zu verweisen.

---

1) Band IV S. 321 f. dieser „Beiträge."

2) arg. § 48 J. de rer. div. (2, 1) und l. 25 pr. D. de prob. (22, 3). Frommann, Disp. de amissione rerum fortuita (Tub. 1673) § 7. 8. Sell, Versuche Abh. VI § 6.

3) Gajus l. 15 D. h. t.: Rem, quae nobis surrepta est, perinde intelligimur desinere possidere, atque eam, quae vi nobis erepta est. . . .

Paulus l. 3 § 18 eod.: Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. . . .

Vergl. Donell. com. de jure civ. Tit. V. cap. VI § 12: . . . . Nemo facto suo jus nostrum nobis auferre aut minuere potest, puta rem nostram surripiendo, contrectando, vendendo, tradendove; manet integrum nihilominus et dominium et pignus, et si quod aliud jus nostrum fuit in re ablata. Atqui unusquisque re ejus surrepta, aut erepta eo facto statim possidere desinit. Non ergo possessio jus est, sed res consistens in ea detentione naturali, cujus facultas ademta possessionis damnum adfert....

§ 123. Paulus l. 3 § 9 D. h. t.: Et si alii tradiderim, amitto possessionem. Nam constat, possidere nos, donec aut nostra voluntate discesserimus, aut vi dejecti fuerimus.

Ulp. l. 17 § 1 eod.: . . . . . Si quis igitur ea mente possessionem tradidit, ut postea ei restituatur, desinit possidere.

Bei bedingter Besitzübertragung geht der Besitz erst mit Eintritt der Bedingung über.

Julian. l. 38 § 1 D. h. t.: Si quis possessionem fundi ita tradiderit, ut ita demum cedere ea dicat, si ipsius fundus esset: non videtur possessio tradita, si fundus alienus sit. Hoc amplius existimandum est, possessiones sub conditione tradi posse, sicut res sub conditione traduntur; neque aliter accipientis fiunt, quam conditio exstiterit.

Eine damit in einiger Beziehung stehende Frage, bei deren Beantwortung selbst die römische Jurisprudenz zu schwanken scheint, ist:

ob der Tradent auch dann den Besitz verloren hat, „wenn es wegen Irrthums oder eines sonstigen dem Tradenten verborgenen Umstandes zu keinem Consense kommt und also der Besitz nicht übergeht."

Brinz, Lehrbuch der Pand. § 28 S. 71, 72.

Ulp. l. 34 pr. D. h. t.: Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem, me in fundum Sempronianum missum, et in Cornelianum iero, non acquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erravimus, in corpore consenserimus. Quoniam[1]) autem in corpore non[2]) consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare non possessionem posse et Celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest, num quid etiam acquisita est? sed non puto errantem acquirere, ergo nec amittet possessionem, qui quodam modo sub conditione recessit de possessione.

cf. Celsus l. 18 § 1 eod.: Si furioso, quem suae mentis esse existimas, eo quod forte in conspectu inumbratae quietis fuit constitutus rem tradideris, licet ille non erit adeptus possessionem, tu possidere desinis: sufficit quippe dimittere possessionem, etiamsi non transferas: illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere quam si transferat; immo vult dimittere, quia existimat se transferre.

---

Gleichwohl läßt sich schon im röm. Recht eine unserer landrechtlichen Doctrin verwandte Anschauung finden, indem Ulpian. l. 17 pr. D. h. t. sagt: Si quis vi de possessione dejectus sit, perinde haberi debet, ac si possideret, quum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.

Vergl. auch A. Köppen, Zur Lehre vom Besitz (Berlin 1839) S. 48, 49. und Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 68, 69.

1) Holoander liest: „quando."

2) Dieses „non" hat die Florentina nicht.

Brinz a. a. O. bemerkt:

> Das Beste, was man zu Gunsten der ersteren (Ulpian's) Ansicht sagen konnte, ist gesagt (Scheurl, Beiträge II. Heft Nr. 8 Sacherwerb durch Tradition S. 202), aber immer noch nicht genug, um dem Celsus, der nicht so nützlich, aber richtiger gedacht hat als Ulpian, einen Fehler vorzuwerfen.[1])

Gleichwohl wird nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts der Ansicht Ulpian's der Vorzug zu geben, also die oben aufgeworfene Frage zu verneinen sein.

Es läßt sich hiergegen nicht geltend machen:

> Wer sich des Besitzes einer Sache entschlage, in der Absicht, daß ein Anderer den dadurch erledigten Besitz ergreife, verliere den Besitz schon durch die Entschlagung (solo animo) und nicht erst durch dessen Uebergang auf den Andern.

Denn so richtig es auch ist, daß der Besitzerwerb durch Uebergabe mittelst zweier von einander zu sondernder Momente — der Besitzentschlagung von der einen Seite und der Ergreifung des erledigten Besitzes von der andern — in Wirksamkeit tritt,[2]) so stehen doch *beide* mit einander in einem so innigen Zusammenhange, daß sie in *ihrer* rechtlichen Wirksamkeit ein unzertrennliches Ganze bilden — also einen einzigen Akt, der entweder die volle oder gar keine Wirkung hat. Dieser Zusammenhang ist auch schon im § 58 d. T. dadurch angedeutet, daß darin die Handlung des Tradenten als eine „zum Vortheil eines Andern" erfolgte Besitzentschlagung bezeichnet wird. Ja, man kann sogar im § 123 eine direkte Entscheidung unserer Frage finden. Denn will man ihn nicht als einen bloßen Uebergang zu der unmittelbar folgenden Vorschrift des § 124 betrachten,[3]) so läßt sich den Worten:

> „Soweit Jemand seinen Besitz einem Andern überträgt, hat er ihn für sich selbst verloren"

kein anderer Sinn beilegen, als:

> Soweit ein Anderer durch Tradition den Besitz erworben hat, ist der Tradent dessen verlustig geworden;

---

1) wie Kierulff, Civilrecht S. 393 in der Note thut. Dieser Ansicht entgegen, hält auch Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandekten-Rechts (4. Aufl.) § 237 Note 13 a. E. die Entscheidung des Celsus für ganz consequent, da ja der Tradent den Besitz aufgeben wolle. Abweichend von den bisher genannten Schriftstellern ist dagegen Böcking, Instit. I S. 533 Note 15 der Ansicht: Celsus nehme offenbar eine andere Absicht im Tradenten an, als Ulpian, und beide oben angeführte Stellen widersprächen sich also nicht.

2) Siehe die Glossen zu §§ 58, 59 d. T. B. IV S. 469 dieser „Beiträge."

3) In diesem Sinne will Thöne, Fundamentallehren B. 2 S. 396, 397 den § 123 aufgefaßt wissen.



eine Auslegung, die um so näher liegt, als die Fassung der unmittelbar vorhergehenden Vorschrift des § 122 ihr vollkommen entspricht. — Endlich läßt sich auch noch zur Unterstützung der hier vertheidigten Ansicht auf die, den jactus missilium (traditio in incertam personam*)) betreffende Vorschrift des § 347 Tit. 9 Th. I des Allgem. Land-Rechts verweisen:

„Haben Andere, denen die Sachen oder Gelder nicht bestimmt waren, sich deren bemächtigt, so kann sie der vorige Eigenthümer von ihnen zurückfordern."

---

§ 124. 1.

§ 5 J. de interd. (4, 15): Possidere autem videtur quisque non solum si ipse possideat, sed et si ejus nomine aliquis in possessione sit, licet is ejus juri subjectus non sit, qualis est colonus et inquilinus. Per eos quoque, apud quos deposuerit quis, aut quibus commodaverit, ipse possidere videtur. Et hoc est, quod dicitur, retinere possessionem posse aliquem per quemlibet, qui ejus nomine sit in possessione.....

Julian. l. 36 D. h. t.: Qui pignoris causa fundum creditori tradit, intelligitur possidere....

Pompon. l. 8 D. commod. (13, 6): Rei commodatae et possessionem et proprietatem retinemus.

Javolen. l. 16 D. de peric. et com. (18, 6): ...non videtur tradis (servus), cujus possessio per locationem retinetur a venditore....

2. Der vollständige Besitz dauert fort, wenn auch der unvollständige Besitzer sein Inhaberrecht einem Andern überträgt, der von dem Repräsentationsverhältnisse seines Auctors nichts weiß und daher nur die Absicht hat, das Besitzrecht des Letzteren auszuüben. Denn da durch eine solche Stellvertretung der unvollständige Besitz, gleich dem vollständigen, erhalten wird, so ist auch die Repräsentanten-Eigenschaft des unvollständigen Besitzers in ihrer Wirksamkeit geblieben. Mehr bedarf es aber nicht zur Fortsetzung des vollständigen Besitzes.

Paulus l. 30 § 6 D. h. t.: Si ego tibi commodavero, tu Titio, qui putet tuum esse, nihilominus ego id possideo. Et idem erit, si colonus meus fundum locaverit, aut is, apud quem deposueram, apud alium rursus deposuerit. Et id per quamlibet plurium personarum factum observandum ita erit.

Anders liegt freilich der Fall, wenn der unvollständige Besitzer die Sache einem Dritten veräußert und dieser sie als seine eigene in Besitz nimmt.

cf. Ulp. l. 29 pr. D. quib. mod. ususfr. amitt. (7, 4): Pomponius quaerit: Si fundum a me proprietarius conduxerit, eumque fundum

---

*) Vergl. v. Meyerfeld, die Lehre von den Schenkungen § 10 B. 1 S. 108, 109. Ihering, Geist des röm. Rechts Th. 2 S. 404 Note 521.

vendiderit Sejo, non deducto usufructu, an usumfructum per emtorem retineam? Et ait: licet proprietarius mihi pensionem solverit, tamen usumfructum amitti, quia non meo nomine, sed suo fruitus est emtor.[1])

Nach den Grundsätzen des Preußischen Rechts würde jedoch hier vermöge der Bestimmung der §§ 122 und 125 d. T. ein Besitzverlust nicht ohne Weiteres anzunehmen sein.

3. Umgekehrt kann auch der unvollständige Besitz durch den vollständigen Besitzer fortgesetzt werden.

Marcian. l. 37 D. h. t.: Re pignoris nomine data, et possessione tradita, deinde a creditore conducta, convenit, ut is, qui hypothecam dedit, pro colono in agro, in aedibus autem pro inquilino sit, et per eos creditor possidere videatur.

Paulus l. 37 D. de pign. act. (13, 7): Si pignus mihi traditum locassem domino, per locationem retineo possessionem, quia antequam conduceret debitor, non fuerit ejus possessio, quum et animus mihi retinendi sit, et conducenti non sit animus possessionem adipiscendi.

Florent. l. 35 § 1 eod.: Pignus, manente proprietate debitoris, solam possessionem transfert ad creditorem; potest tamen et precario et pro conducto debitor re sua uti.

In Beziehung auf den Pfandbesitz ist dies freilich nach Preußischem Recht, welches dessen fortdauernde Erkennbarkeit erfordert, nicht statthaft.[2])

4. Der redliche Besitzer einer fremden Sache verpfändet oder verpachtet dieselbe dem Eigenthümer, der sie für ein Vermögensstück des Verpfänders oder Verpächters hält.

Setzt Jener den Usucapionsbesitz fort?

Die römischen Juristen verneinen diese Frage, weil das zum Grunde liegende Rechtsgeschäft nichtig ist.

Julian. l. 33 § 5 D. de usurp. (41, 3): Si rem tuam, quum bona fide possiderem, pignori tibi dem, ignoranti tuam esse, desino usucapere, quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere....

Javolen. l. 21 eod.: .... si is, qui pro herede fundum possidebat, domino eum locavit, nullius momenti locatio est, quia dominus suam rem conduxisset. Sequitur ergo, ut ne possessionem quidem locator retinuerit; ideoque longi temporis praescriptio non durabit....

---

1) Vergl. dagegen Paulus l. 32 § 1 D. h. t.: Si conductor rem vendidit, et eam ab emtore conduxit, et utrique mercedes praestitit, prior locator possessionem per conductorem rectissime retinet.

2) § 105 Tit. 20 Th. I: „Wird die Sache in der Naturalgewahrsam des Schuldners gelassen, oder dahin zurückgegeben, damit er sie im Namen des Gläubigers besitzen solle: so ist kein Pfandrecht vorhanden."

Dasselbe gilt nach Württembergischem Recht.

Wächter, Erörterungen aus dem Römischen, Deutschen und Württembergischen Privatrecht Heft 1 S. 33, 34.

Es macht sich hier die zwiefache Natur des Besitzes geltend, der keineswegs ein bloßes Faktum, sondern zugleich ein juristisches Verhältniß ist und als solches in Beziehung auf Erwerb und Verlust unter den allgemeinen Regeln des Civilrechts steht.*)

Nach Preußischem Recht würde man, ganz abgesehen von der Gültigkeit oder Ungültigkeit des Repräsentationsverhältnisses, die Frage zu stellen haben:

> ob in Fällen dieser Art ein Umstand vorliegt, der nach den Grundsätzen unseres Rechts den bisherigen Besitz aufgehoben hat?

Und nach diesem Gesichtspunkte würde man wohl zu einer entgegengesetzten Entscheidung gelangen.

---

§ 125. Ueber den Verlust des Besitzes an und durch den Repräsentanten ist zu vergleichen:

Koch, die Lehre vom Besitz, § 22 S. 213 f.

Darstellung der Lehre vom Besitz rc. von einem preußischen Juristen S. 98—103.

Ueber den Verlust des Besitzes durch Stellvertreter. Von Dr. J. Löbenstern in der Zeitschr. für Civilr. u. Proz. IX S. 388 f.

Ueber den Verlust des Besitzes deponirter und vom Depositar veruntreuter Sachen. Von Dr. Schirmer ebendas. XI S. 397 f. (dazu Schletter's Jahrbücher der deutschen Rechtswissenschaft I S. 203 f.).

Delbrück, die dingl. Klage des deutsch. Rechts (Leipz. 1857) § 63 S. 313, 314.

Vergl. die in den Glossen zu § 69 angeführten Pandektenstellen (B. IV. S. 487 dieser „Beiträge").

Dr. Baron, Abhandl. aus dem Preuß. Recht Nr. I S. 28 bemerkt:

> „Nach unserer Ansicht ist § 125 nichts als eine Anwendung des im § 122 niedergelegten Princips. Der Stellvertreter, der die Gewahrsam nicht mehr für den Vertretenen ausüben will, bekommt durch das Gesetz die Verpflichtung dies zu thun, und so lange die Gewahrsam bei ihm ist, verliert der Vertreter keines der Rechte, welche durch die Fortdauer der Gewahrsam bedingt sind: ist er Eigenthümer, so kann das Eigenthum nicht durch Extinctivverjährung untergehn; ist er bonae fidei possessor, so erlangt er durch den Zeitablauf das Eigenthum.

---

*) Vergl. v. Savigny das Recht des Besitzes § 5 a. E.

insonderheit bei Rechten.

**§ 126.** Vergl. die Abhandlung von Korte, oben S. 125, 126.

Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2 S. 78 f.*) spricht sich über den „Verlust des Besitzes der der Reallast gegenüberstehenden Berechtigung" dahin aus:

Es haben sich hierüber drei Meinungen geltend gemacht. Nach der einen soll der Besitz schon dadurch verloren werden, daß die Leistung zur gehörigen Zeit unterbleibt, nach der andern ist die Weigerung des Besitzers des belasteten Grundstückes erforderlich, und nach der dritten wird es für nöthig gehalten, daß der bisherige Empfänger der Leistung sich bei der Weigerung beruhigt habe. Die erste und die dritte dieser Ansichten sind schwerlich zu rechtfertigen. Die bloße Unterlassung der Leistung enthält nämlich nicht eine solche Vernichtung des factischen Verhältnisses, wie sie zum Verluste des Besitzes überhaupt nothwendig ist.... Die Unmöglichkeit, das factische Verhältniß zu reproduciren, zeigt sich erst dann, wenn der Mahnung ungeachtet die Leistung verweigert wird...... So wie durch die Leistung allein der Quasibesitz nicht erworben wird, sondern nur dann, wenn dieselbe in der Absicht geschieht, das dingliche Recht dadurch anzuerkennen, so kann auch das Unterlassen der Leistung den Verlust desselben nur dann nach sich ziehen, wenn dasselbe in der entgegengesetzten Absicht seinen Grund hat. Diese Weigerung muß aber auch hinreichen, denn da es zum Erwerbe des Quasibesitzes genügt, daß auf Erfordern des Berechtigten die Leistung als eine auf Grund und Boden haftende Last abgeführt wird, so muß der Besitz umgekehrt verloren werden, wenn, der Einforderung ungeachtet, die Leistung verweigert wird. Dies ist auch die Ansicht des älteren Rechts... Eine Beruhigung von Seiten des bisherigen Besitzers kann deshalb nicht verlangt werden, weil durch das Verweigern der Leistung das ganze factische Verhältniß zerstört wird, während das zur Erwerbung des Besitzes einer negativen Servitut erforderliche Apprehensionsfactum nicht schon durch das bloße Unterlassen, sondern dadurch begründet wird, daß dieses an sich ganz gleichgültige Unterlassen als Folge eines dem Gegner (wirklich oder angeblich) zustehenden und wirksam gemachten Verbietungsrechts erscheint, d. h. daß sich der Besitzer des dienenden Grundstücks bei dem Verbote beruhigt hat.... In einem Erkenntnisse ist ausgeführt, durch die Weigerung allein werde der Besitz deshalb nicht verloren, weil im Realrechte nicht bloß die Befugniß, die Leistung zu empfangen, sondern auch die Befugniß, sie zu fordern, liege, daher der Besitz noch fortdauere, so lange die Möglichkeit, die Leistung zu fordern, noch fortbestehe, und von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht werde. Die Unrichtigkeit dieser Ansicht hat Heerwart in der Zeitschr. für Civilr. und Proz. XII S. 314 treffend nachgewiesen. Das Recht, die Leistung zu fordern, ist nämlich kein Bestandtheil des factischen Verhältnisses (corpus), welches eben im Empfan-

---

*) Vergl. auch Duncker, die Lehre von den Reallasten § 21 S. 101—108 und Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. B. 9 S. 80—83.



gen und Fordern bestehen soll, sondern dieses Fordern entspringt aus dem animus, welcher gerade darin besteht, die Leistung als Ausfluß einer Realberechtigung annehmen, die unterbliebene Leistung aber einfordern zu wollen. Der Besitz wird jedoch allgemein schon verloren durch die Zerstörung des factischen Verhältnisses zur Sache, ungeachtet der noch immer fortdauernden Absicht, den Besitz nicht aufzugeben. (Der Verfasser behandelt demnächst noch die Frage: ob nicht durch die Handlung eines Dritten eine Störung oder ein Verlust der Realberechtigung bewirkt werden könne).

In Uebereinstimmung mit der vorstehenden Ausführung äußert sich Beseler, System des gem. deutsch. Privatr. B. 2 S. 38, 39 dahin:

> Der Besitz der der Reallast entsprechenden Berechtigung kann durch die Handlung des bestimmt Belasteten aufgehoben werden. Die bloße Nichtleistung von Seiten des Letzteren hat diese Wirkung freilich noch nicht; es muß vielmehr die verweigerte Anerkennung des Rechts hinzukommen. Darüber aber wird gestritten, ob noch weiter erforderlich ist, daß sich der Berechtigte bei der Weigerung beruhigt habe, so daß, wenn er dies nicht gethan, nur eine Störung des Besitzes anzunehmen ist. Diese Ansicht ist die gewöhnliche,[1]) und wird durch die neueren Gesetzbücher unterstützt,[2]) wenn gleich gegen die juristische Consequenz derselben Einwendungen erhoben werden können.

Aeltere Juristen fassen den Verlust des Besitzes eines affirmativen Rechts auf als den Erwerb des Besitzes der Freiheit von einem Anspruche.

So enthält der Entwurf von Kircheisen im § 565 die Bestimmung:

> „Der Besitz der Befreiung von eines Andern Anspruch wird vollführt, wenn der Berechtigte seinen Anspruch geltend machen will, der Verpflichtete die daraus folgende Verbindlichkeit zu leisten sich weigert, und der Berechtigte, im Gefolge dieser Verweigerung, von Verfolgung seines Anspruches abgehet."
>
> Simon und v. Strampff, Mater. S. 68.

§ 127. 1. In Betreff der Frage, ob der Besitz von negativen Rechten nur durch Erwerbung eines entgegenstehenden selbständigen Untersagungsrechtes,[3]) oder auch schon durch eine wirksame Verhinde-

1) Wernher, obs. for. III. 1. obs. 175. Hommel, rhap. II. obs. 422. Roßhirt, Archiv für die civ. Praxis VIII S. 72. Auch der R. A. von 1548 § 59. 64 (N. S. II S. 537. 539) läßt sich für diese Ansicht anführen.

2) Das Oesterr. bürg. Gesetzbuch bestimmt im Einklang mit dem Preuß. Recht: § 351. „Bey anderen Rechten (den nicht in die öffentlichen Bücher eingetragenen) hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil das, was er sonst geleistet hat, nicht mehr leisten zu wollen erkläret ... der Besitzer aber .. es dabey bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt ..."

3) Das Oesterr. bürg. Gesetzbuch erfordert die Erwerbung eines solchen Untersagungsrechts, das an die römische usucapio libertatis erinnert, nicht, indem es im § 351 bestimmt:
„Bey andern Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil .... die

rung der ferneren Ausübung aufgehoben werde, ist zu verweisen auf v. Rönne, Ergänz. u. Erläut. des Allgem. Land-Rechts B. I S. 180.

2. Die Verjährung einer Viehtriebsgerechtigkeit auf Seiten des Gutsbesitzers wird durch das von dem Besitzer des dienenden Grundstückes an des Ersteren Hirten erlassene Verbot der Ausübung dieser Gerechtigkeit und deren demnächstige Unterlassung Seiten des Hirten unterbrochen, wenn gleich Letzterer seinem Dienstherrn von dem ergangenen Verbote keine Mittheilung gemacht hat.

Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 8. Februar 1859 (Striethorst Archiv B. 32 S. 199 f.).

---

§ 128. Das Oesterreichische bürg. Gesetzbuch bestimmt:

§ 351. „Bey anderen Rechten hört der Besitz auf, wenn der Gegentheil ... das Verboth, etwas zu unterlassen, nicht mehr achtet, der Besitzer aber in allen diesen Fällen es dabey bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt."

---

§ 130. 1. Das eben genannte Gesetzbuch § 351 stellt denselben Grundsatz dahin auf:

„... Durch den bloßen Nichtgebrauch eines Rechtes geht der Besitz, außer den im Gesetze bestimmten Verjährungsfällen, nicht verloren."

2. Duncker in der Zeitschrift für deutsches Recht B. 2 S. 74—76 spricht sich hierüber dahin aus:

Der Quasibesitz wird wie der Besitz körperlicher Sachen verloren, also entweder mit dem Willen des bisherigen Besitzers, oder wenn das factische Verhältniß aufgehört hat, und nicht willkürlich reproducirt werden kann. Der erste Fall bietet keine Schwierigkeit dar, sofern der Besitzer die bestimmte Absicht hat, den Besitz aufgeben zu wollen. Es ist daher nur die Frage zu berühren, ob diese Absicht nicht aus der bloßen Unterlassung der Ausübung gefolgert werden kann. Rücksichtlich des Besitzes eines Grundstückes besteht die gesetzliche Vermuthung, daß der Besitzer den Besitz habe aufgeben wollen, wenn er dasselbe „longo tempore" nicht benutzt hat,*) eine Vermuthung, deren Anwendung auf den Quasibesitz nichts im Wege steht. Die Länge der Zeit aber, innerhalb welcher der Besitzer die Ausübung des Rechts unterlassen darf, ohne den Besitz dadurch zu verlieren, läßt sich nach bestimmten Jahren nicht angeben, und es ist ganz willkürlich, wenn die älteren Juristen einen Verlust des Besitzes sowohl an Grundstücken als des Rechts auf jährliche Gefälle

---

Ausübung des Rechtes eines Andern nicht mehr duldet; ... der Besitzer aber .. es dabey bewenden läßt, und die Erhaltung des Besitzes nicht einklagt ..."

*) l. 37 § 1 D. de usurp. (41, 3): § 7 J. de usuc. (2, 6). v. Savigny, Besitz S. 424 f.

durch Nichtausübung innerhalb 10 Jahren annehmen. Mit Recht läßt es die Glosse von dem richterlichen Ermessen abhängen, ob nach den Umständen des einzelnen Falles der Besitz durch Nichtausübung verloren sei. Bei dem Quasibesitz sind daher vornehmlich die Zwischenräume zu berücksichtigen, innerhalb welcher das Recht seiner Natur nach ausgeübt werden kann..... Uebrigens versteht sich von selbst, daß die Nichtausübung immer nur dann den Verlust des Besitzes nach sich ziehen kann, wenn sich die Gelegenheit zur Ausübung des Rechts wirklich dargeboten hat.

3. Das Ober-Tribunal hat in einem Erkenntnisse vom 22. Januar 1860 die Sätze angenommen:

a. Der Besitz solcher diskontinuirlicher Rechte, welche so beschaffen sind, daß ihre Ausübung nicht völlig von der Willkür des Berechtigten abhängt, sondern nur bei gewissen, durch andere Umstände herbeigeführten Gelegenheiten geschehen kann, geht durch die nicht gerechtfertigte Nichtbenutzung einer Gelegenheit verloren.

b. Der Besitz solcher diskontinuirlicher Rechte dagegen, deren Ausübung ganz von der Willkür des Berechtigten, nicht aber von gewissen, außerhalb derselben befindlichen Umständen abhängt, z. B. Wegegerechtigkeiten, wird durch jeweilige Nichtausübung nicht verloren.

Vergl. Präjud. 2063 (Plenarbeschluß) vom 6. November 1848 (Entscheid. B. 17 S. 6).

Striethorst, Archiv B. 37 S. 35 f.

---

§§ 131—133. Dr. Baron, Abhandl. aus dem Preuß. Recht (Berlin 1860) Nr. I „Erklärung des A. L. R. I. 7 § 96 sq. 122. 131." S. 28, 29 bemerkt zur Erläuterung des § 131:

Koch erklärt den § 131 nur dadurch, daß er auf die „dem Landrecht eigenthümliche dritte Bedingung der Fortdauer des Besitzes," die Fortdauer der Fehlerfreiheit, verweist (Besitz S. 212); mit andern Worten: er wendet seine Ansicht über § 96 ff. auf den § 122 an. Bornemann, Temme, die Revisoren und Strohn erklären den § 131 nicht näher; Thöne hingegen (Fundamentallehren, 2, 389. 390) nennt ihn „einen Widerspruch mit der Natur des Besitzes,"[1]) er ahnet nicht einmal seinen Zusammenhang mit § 96. Der Paragraph enthält nichts Neues. Es ist Römisch-rechtlicher Grundsatz, daß das unter einer Resolutivbedingung übertragene Eigenthum und bonae fidei possessio bei dem Eintreten derselben aufhört,[2]) und im Preuß. Recht gilt dies nicht bloß von der Resolutivbedingung, sondern auch vom dies (A. L. R. I. 4, § 167). Wenn nun das Landrecht im § 131 verordnet, daß der Besitz durch Ablauf der Zeit oder Eintritt der auflösenden Bedingung aufhöre, so hat dies den Sinn, daß die öconomische Verwendung der Gewahrsam, welche das Eigenthum, die bonae fidei possessio, das dingliche Recht erzeugt hatte, nach dem Ablauf der Zeit resp. mit Eintritt der Bedingung vernichtet

---

1) Vergl. Lange, die Natur des Besitzes B. 2 S. 263.

2) Savigny, System § 120 (B. 3 S. 154 ff.).

werde, folgeweise das Eigenthum u. s. w. von selbst aufhöre. Die Fortdauer der Gewahrsam im bisherigen Besitzer ist, wie § 132 hinzufügt, gleichgiltig; es muß vielmehr, um den Besitz (folgeweise das Eigenthum u. s. w.) fortdauern zu lassen,[1]) eine neue öconomische Verwendung der Gewahrsam hinzutreten.

---

## Wirkungen des Besitzes.

Vergl. Puchta in Weiske's Rechtslexicon B. 2 S. 43—45.
Dr. Baron a. a. O. S. 16, 17.

**§§ 134—136.** 1.

Papin. l. 49 § 1 D. h. t.: ... possessio non tantum corporis, sed et juris est.[2])

Idem l. 49 pr. eod.: ... plurimum ex jure possessio mutuatur.

Ulp. l. 1 § 2 D. uti poss. (43, 17): ... separata esse debet possessio a proprietate; fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit; fieri potest, ut et possessor idem, et dominus sit.

Idem. l. 2 § 38 D. ne quid in loc. pub. (43, 8): Habere eum dicimus, qui utitur, et jure possessionis fruitur ....[3])

2. „Von dem Recht des Besitzes ist unterschieden das Recht zu besitzen (wie das Recht des Eigenthums und das Recht, Eigenthümer zu sein oder zu werden). Das letztere ist eine in einem andern Recht liegende Befugniß, die von dem wirklichen Recht unabhängig ist, der Nichtbesitzer kann sie haben, der Besitzer kann sie entbehren. Hier ist von dem Recht die Rede, das mit dem Besitze verknüpft ist, das Recht zu besitzen, ein Recht, dessen Gegenstand der Besitz ist."

Puchta, Vorlesungen B. 1 S. 244.

3. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts, S. 278, 279 spricht sich über die gedachte Unterscheidung dahin aus:

Die Neueren verkannten den prozessualischen Ursprung (der dinglichen Besitzklage) und vermeinten, sich durch Erfindung materieller Rechtsbegriffe helfen zu können.

Hierher gehört zunächst das s. g. Recht zum Besitze. Auf mannigfache Weise kann jemand die Befugniß haben, die Einräumung des Besitzes einer Sache von einem Andern zu fordern, so z. B. der Eigenthümer vom Besitzer, der Käufer vom Verkäufer, derjenige, der ein interdictum adipiscendae possessionis anstellen kann vom Gegner u. s. f.

---

1) Besser hieße es: „um einen neuen Besitz (folgeweise neues Eigenthum u. s. w.) anfangen zu lassen."

2) „Es knüpfen sich an den Besitz juristische Bestimmungen."
Böcking, Instit. I S. 514 Note 2.

3) „Der Besitz wird zum Gegenstande juristischer Bestimmungen. Deshalb reden die Quellen auch von jus possessionis, d. h. das Factum des Besitzes ist nach rechtlichen Bestimmungen wesentliche Voraussetzung gewisser Berechtigungen."
Böcking a. a. O. S. 518 und Note 27.

Diese Beobachtung veranlaßte die Construirung eines besonderen Rechtsbegriffes, des seit Donellus[1]) so genannten jus possidendi oder des Rechts zum Besitze im Gegensatz zum jus possessionis oder dem Recht des Besitzes. Dieser Begriff mag insofern einen gewissen Nutzen haben, als er dazu dient, alles Fremdartige aus dem Recht des Besitzes auszuscheiden, im Uebrigen aber hat er ebenso wenig juristisches Interesse, wie es etwa ein Recht auf Zahlung haben würde, das durch Zusammenstellung aller Fälle, in welchen jemand zu einer Zahlung verpflichtet ist, gebildet werden könnte. Man würde auch wohl schwerlich jenen Begriff erfunden haben, wenn nicht die dingliche Klage des deutschen Rechts demselben anscheinend eine eigenthümliche Bedeutung verliehen hätte. Wenn nämlich jemand bloß um seines früheren Besitzes willen die Einräumung des Besitzes verlangen kann, so scheint der Besitz als solcher ein Recht zum Besitze in sich zu schließen. Hier glaubte man einen innigen Zusammenhang zwischen dem Besitz und dem Recht zum Besitz gefunden zu haben, der bald in größerem bald in geringerem Umfange ausgebeutet wurde.[2])

Ein derartiges Recht zum Besitze, im Sinne eines materiellen Rechts, über dessen Erwerb, Verlust oder Uebertragung sich Regeln aufstellen ließen, existirt ebenso wenig, wie die bonae fidei possessio und die juristische Gewere im Sinne eines solchen Rechts Realität haben. Nur derjenige, welcher ein entsprechendes dingliches oder obligatorisches Recht erworben hat, kann die Einräumung des Besitzes verlangen, eine Befugniß, die aber dann weder merkwürdiger noch selbständiger ist, als andere Befugnisse, die ihm jenes dingliche oder obligatorische Recht verleiht. Wenn aber dennoch nicht immer der volle Beweis des Rechtserwerbes verlangt wird und derselbe durch den Beweis des früheren Besitzes ersetzt werden kann, so hat das prozessualische Motive.

4. Schon Goßler (in seinen Bemerkungen zum gedruckten Entwurf) verwarf den bisherigen Unterschied zwischen dem jus possessionis und dem jus possidendi als

„eine bloße Spitzfindigkeit, die manche Verwirrung veranlaßt hat, und keine Aufnahme in das Gesetzbuch verdient. Das jus possidendi — so bemerkt er weiter — ist und kann nichts weiter sein, als das im § 96 u. (entsprechend den §§ 137 ff. d. T.) beschriebene Recht des Inhabers. Es gründet sich also nicht auf Besitz, sondern bloß auf Gewahrsam. Das jus possidendi hingegen wird ein wahres Unding, wenn man es von dem vermutheten Eigenthume, welches die einzige wirkliche rechtliche Wirkung des Besitzes ist, unterscheiden wollte."

Simon und v. Strampff, Mater. S. 277.

Diese Bemerkung selbst gibt den besten Beweis dafür ab, welche „Verwirrung" der bekämpfte Unterschied veranlaßt hat![3])

1) Comm. lib. 9. c. 9.

2) Voet, VI, 2, No. 2. — Gönner, § 8, 9, 18, 31. — Pfotenhauer, § 1 u. 13. — Spangenberg, § 175, 176. — Pr. Ldr. I, 7 § 134, 135, 161. — Biener, § 273. — Thibaut, civil. Vers. II, S. 54.

3) Demjenigen, der weitere Belege sucht, kann Merckel's Commentar zum allg.

5. Das Oesterreichische Gesetzbuch deutet auf den gedachten Unterschied durch die im § 320 enthaltene Bestimmung hin:

„Durch einen gültigen Titel erhält man nur das Recht zum Besitze einer Sache, nicht den Besitz selbst..."

---

## Rechte und Pflichten des Inhabers und Besitzers.

**§ 137.** Dr. Baron, Abhandl. aus dem Preuß. Recht bemerkt über die rechtliche Stellung des bloßen Inhabers (S. 14, 15):

Muß die Relativität der Ausschließlichkeit des Willens zugegeben werden, so folgt daraus consequenterweise, daß auch der bloße Detentor einen auf die Sache bezogenen, zur Geltung gekommenen ausschließlichen Willen hat. Ausschließlich allerdings nur in gewissem Grade: nämlich nicht gegenüber demjenigen, in dessen Namen er detinirt, und dies wird die Wirkung erzeugen, daß er nicht gegen den letzteren geschützt wird; jeden Anderen will er von der Sache ausschließen, jedem Anderen gegenüber will er die Sache ganz und allein haben, ohne Unterschied, ob er damit ein ihm zustehendes Recht (Miethe, Commodat) zu verwirklichen gedenkt oder nicht (Depositar). Ja, wenn unter Anwendung des veralteten Satzes, daß das Eigenthum das Gebrauchs- und Verfügungsrecht enthalte, uns die Frage vorgelegt würde, ob z. B. der Depositar die Sache gebrauchen resp. über sie verfügen wolle, so würden wir sie in dem Maße, als wir dem Depositar den exclusiven Willen zugeschrieben haben, d. h. gegenüber jedem Anderen als dem Deponenten bejahen. Er muß beides wollen, weil er durch den entgegengesetzten Willen seine Pflicht als Depositar verletzen und sich haftbar machen würde, weil er bei dem entgegengesetzten Willen jedem Dritten gestatten müßte, sich die Sache anzueignen.

---

**§ 138.** Daß diese Bestimmung alles juristischen Inhalts entbehrt, ist bereits in den Glossen zu §§ 1—3 d. T. (B. IV S. 321 f. dieser „Beiträge") gezeigt worden.

---

**§§ 141—144.** 1.

Ulp. l. 1 § 27 D. de vi (43, 16): Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. Apparet autem, inquit, ex eo, arma armis repellere licere. § 28... qui per vim possessionem suam retinuerit, Labeo ait, non vi possidere.

l. 1 C. unde vi (8, 4): Recte possidenti ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatae tutelae moderatione illatam vim propulsare licet.

---

Landrecht (Th. I S. 135, 136 zu §§ 134—136 d. T.) empfohlen werden. Er wird sich hier durch die, sogar durch ein Beispiel erläuterte Bemerkung überrascht finden: daß der Besitz selbst bisweilen als Titel zum wirklichen Besitz anzusehen ist.

Innoc. III cap. 18 X. de homic. (5, 12): ... quamvis vim vi repellere omnes leges ... permittant, quia tamen id debet fieri cum moderamine inculpatae tutelae, non ad sumendam vindictam, sed ad injuriam propulsandam.

Ulp. l. 3 § 9 D. de vi (43, 16): Eum igitur, qui cum armis venit, possumus armis repellere; sed hoc confestim, non ex intervallo, dummodo sciamus, non solum resistere permissum, ne dejiciatur, sed et si dejectus quis fuerit, eundem dejicere non ex intervallo, sed ex continenti posse.

Julian. l. 17 eod.: Qui possessionem vi ereptam vi in ipso congressu recuperat, in pristinam causam reverti potius, quam vi possidere intelligendus est. Ideoque si te vi dejecero, illico tu me, deinde ego te, Unde vi interdictum tibi utile erit.

Bayrisches Landrecht II. 5: „Die merklichsten Wirkungen der Possession bestehen darin: 1mo kann sich Jeder bei seinem Inhaben gegen unrechtmäßige Eingriffe selbst — schützen — Gewalt mit Gewalt abtreiben.[1])

Oester. bürgerl. Gesetzbuch § 344: „Zu den Rechten des Besitzes gehört auch das Recht, sich in seinem Besitze zu schützen, und in dem Falle, daß die richterliche Hülfe zu spät kommen würde, Gewalt mit angemessener Gewalt abzutreiben. . . . ." [2])

2. Ueber das „Princip des Besitzschutzes" spricht sich Bruns, das Recht des Besitzes S. 487 f. dahin aus:

Das physische Gewaltverhältniß rein als solches in seiner Getrenntheit vom Rechte ist ein einfacher factischer Zustand, der als solcher keinen Grund zu einem rechtlichen Schutze in sich trägt. . . . . Unbefriedigend ist die Ansicht, daß das Factum, wenn es auch an sich keinen Rechtsschutz habe, doch wenigstens dann einen Anspruch darauf habe, wenn es durch eine Gewalt gegen die Person verletzt sei, weil jede Gewalt schon an sich unrecht sei, und zur vollständigen Aufhebung dieses Unrechts auch die Herstellung der gestörten rein factischen Zustände der verletzten Person gehört. Dabei hat man die einfache logische Consequenz verkannt, daß die Aufhebung eines Unrechts nie weiter gehen kann als das Unrecht selbst, und daß das Unrecht nie weiter gehen kann, als der Gegensatz gegen das Recht. Auch die allervollständigste Aufhebung des Unrechts kann immer nur dahin gehen, dem Verletzten das zu erhalten oder wieder zu verschaffen, was unverletzt zu haben er in irgend einer Weise ein Recht hatte. Rein factische Zustände, auf deren Nichtverletzung er in keiner Weise ein Recht hatte, können, wenn sie verletzt sind, auch keinen Ersatzanspruch geben. Daß die Verletzung durch eine Gewalt gegen die Person geschieht, ändert daran nichts, da auch die Gewalt immer nur so weit ein Unrecht ist, und als solches aufzuheben ist, als sie im Gegensatze zu einem Rechte steht, rechtswidrig, rechtsverletzend ist. . . . Somit wird man von selbst dazu gedrängt, in dem andern Bestandtheile des Besitzes, dem Willen, den Grund des Besitzschutzes zu suchen. . . . Das Princip des Besitzschutzes

1) Bluntschli, deutsch. Privatr. 2. Auflage S. 141 Note 1.

2) Unger, System des österr. Privatr. B. 2 S. 344, 345.

kann nicht das sein, daß der im Besitze ausgesprochene Wille ein Recht begründe, welches einfach neben den übrigen Rechten steht, sondern vielmehr nur das, daß der im Besitze realisirte Wille, obgleich er kein Recht begründet, sondern nur rein factisch, vielleicht im grellsten Widerspruche mit allem Rechte, da ist, dennoch der allgemeinen Natur des Willens zufolge geschützt werden müsse.... Der Wille ist an sich seinem Wesen nach absolut frei, gerade die Anerkennung und Durchführung dieser Freiheit bildet das ganze Rechtssystem. Zwang und Gewalt gegen ihn sind also im allgemeinen schon an sich ohne Rücksicht auf seine besondere Gesetzmäßigkeit Unrecht, gegen welches er geschützt werden muß. Nur dann, wenn er in unmittelbaren directen Gegensatz gegen den allgemeinen Willen oder das Recht tritt, erscheint er als besonderer unrechtlicher Wille, gegen den Zwang und Gewalt erlaubt ist.... Abgesehen von diesen Fällen muß also der Wille ganz allgemein ohne Rücksicht auf seine Rechtmäßigkeit gegen Zwang und Gewalt geschützt werden. Natürlich ist aber eine Gewalt gegen ihn überhaupt nur dann möglich, wenn er wirklich ins äußere Leben getreten, ein äußeres Dasein, in welchem er angegriffen werden kann, in diesem gewonnen hat. Es kann dieses entweder das rechtliche der einzelnen concreten Rechte, der angebornen aber so gut als der erst erworbenen, sein, oder das nur factische des Besitzes. Im erstern Falle fällt der Schutz der allgemeinen Freiheit mit dem besondern Schutze des besondern einzelnen Rechtes zusammen, im letztern tritt er als eigenthümlicher Schutz des Besitzes auf. Der Schutz des Besitzes beruht somit darauf, daß der Wille nicht nur wenn er Recht ist, sondern auch in seinem rein factischen Dasein gegen Zwang und Gewalt geschützt werden muß. Der Besitz ist also kein Recht, wie Eigenthum, Obligation u. s. w., sondern Factum, allein das Factum des Besitzes wird, weil es factisches Dasein des Willens ist, des allgemeinen Rechts des Willens wegen gegen Gewalt geschützt.

Vergl. auch: Albert, über das interdictum uti possidetis der Römer (Halle 1824) S. 8—19.

Schwarze in Weiske's Rechtslexicon B. 10 S. 135, 136.

3. Ueber die Frage:

ob auch bei der quasi possessio juris die Selbsthülfe gegen gewaltsame Eingriffe gestattet sei,

ist zu vergleichen:

Albert, über den Besitz unkörperl. Sachen. Nr. I. Darstellung des interdictum de itin. actuque priv. (Leipzig 1826), woselbst (S. 143—150) die Frage: „Findet beim Besitze der Wegegerechtigkeit eine gewaltsame Vertheidigung Statt?“ behandelt und verneinend beantwortet wird.

Dr. Chr. Fr. Elvers: „Von der Beschränkung des Rechtes der Selbsthülfe beim Prädial-Servituten-Besitz“ (Aus dessen literarischem Nachlaß) im Archiv für practische Rechtswiss. B. VII (Marburg und Leipzig 1859) S. 62—66.

Dr. Zimmermann im Archiv für die civil. Praxis B. 41 S. 182—192.

Aus der gemeinrechtlichen Praxis sind folgende, jene Frage entscheidende Erkenntnisse anzuführen:

a. Erkenntniß des O. A. G. zu Wiesbaden vom 7. März 1859:

Der Eigenthümer eines Ackers hatte auf demselben einen breiten Graben aufwerfen lassen, um die Besitzer anderer Grundstücke am Darüberfahren zu hindern. Diese aber warfen den Graben wieder zu, und fuhren neuerdings darüber. In der Verhandlung über die hierauf von Jenem erhobene Klage behaupteten die Beklagten, das Zuwerfen des Grabens sey nur erlaubter Schutz im Besitze gewesen. Diese Vertheidigung blieb jedoch ohne Erfolg, indem unter andern erwogen wurde:

1) Wenn der Besitzer einer Sache sich bei seinem Besitz durch Gewalt schützen und ungerechte Gewalt zurücktreiben darf,[1]) so gilt dies nur von dem Besitze einer körperlichen Sache, mag man diesen mit Eigenthums-Absicht oder zur Ausübung einer persönlichen Servitut[2]) haben. Dagegen findet sich in Beziehung auf solche Prädialservituten, bei welchen die Rechtsausübung in einzelnen vom Berechtigten auf der dienenden Sache vorzunehmenden Handlungen besteht, nirgends eine Gesetzstelle, welche dafür spricht, daß es erlaubt sey, ein der Ausübung der Servitut entgegenstehendes Hinderniß eigenmächtig zu beseitigen.

2) Werden den vom Besitze der herrschenden Sache unabhängigen Handlungen, durch welche die Rechtsübung geschieht, Hindernisse in den Weg gelegt, so kann man nicht sagen, daß die Störung derselben zugleich den Besitz des herrschenden Grundstücks verletze; vielmehr steht dieser Auffassung die gänzliche Unabhängigkeit der Ausübungshandlungen von dem Grundstücks-Besitze entgegen. Solche Servituten lassen gar keinen Besitz zu, sondern nur Besitzhandlungen, welche, wenn sie öfter wiederholt und nicht zu lange verflossen sind, die Vortheile des Besitzes geben. Eine Dejection aus dem Besitze einer Fahrgerechtigkeit erkennen die Gesetze nicht an,

Fr. 3. §. 27. de usuc. (41, 3)

weßhalb denn auch bei einer gewaltsamen Verhinderung der Ausübung das interdictum unde vi nicht stattfindet. v. Savigny Lehre vom Besitze § 46.

3) Gegen Veränderungen auf dem dienenden Grundstücke, welche die fernere Ausübung der Servitut gefährden, ist dem Inhaber einer Fahrgerechtigkeit die operis novi nunciatio versagt, er muß vielmehr, um eine Inhibition der nachtheiligen Unternehmung zu erwirken, sein Recht nachweisen.

Fr. 14. de novi oper. nunc. (39, 1).

Wenn nun zum Schutze eines gewissen Rechts auf fremdem Grund

1) Fr. 1. § 27, 28. Fr. 3. § 9. de vi et vi arm. (43, 16); Const. 1. unde vi (8, 4).
2) Fr. 3. § 13—16. Fr. 9. § 1. de vi et vi arm. (43, 16); Fr. 4. uti possid. (43, 17).

und Boden die operis novi nunciatio versagt ist, so ist Selbsthülfe zu diesem Zwecke gewiß noch weniger gestattet.

In dem gegebenen Falle wurde oberstrichterlich angenommen, daß die erhobene Klage aus dem Standpunkte des interdictum uti possidetis, sowie des interdictum quod vi aut clam begründet sey, und demzufolge erkannt: daß die Beklagten schuldig seyen, die Wiederherstellung des zugeworfenen Grabens auf dem Acker des Klägers auf ihre Kosten zu leiden, sich aller Besitzstörungen künftig zu enthalten, und dem Kläger den verursachten Schaden nach vorgängiger Liquidation nebst den Proceßkosten aller Instanzen unter solidarischer Haftbarkeit zu ersetzen.

Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 222.

b. Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 5. Januar 1847:

Zum Schutze des nur Quasibesitzes einer Servitut (des Durchtriebsrechts) ohne körperliches Inhaben der dienenden Sache ist eine Befugniß zur Anwendung von Gewalt gegen eine auf fremdem Grund und Boden bestehende störende Anstalt nicht begründet. Hiernach stellt sich das Oeffnen des Hofthors von Seiten der Gemeinde, selbst wenn sie bis zu diesem Augenblicke im ununterbrochenen Besitze der Servitut, ihre Viehheerde über den Hof des Klägers zur Weide zu treiben, war, als eine nicht zu rechtfertigende Eigenmacht dar, welcher durch richterliches Verbot für die Zukunft zu begegnen war.

Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 258.

c. Erkenntniß desselben Gerichtshofes, von Elvers a. a. O. (ohne Angabe des Datums) mitgetheilt:

P., der im Besitze des Rechts zu sein behauptete, über den Hofraum der Wittwe L. zu fahren, hatte einen von der Letzteren auf ihrem Hofe angelegten, die Ausübung dieses Rechts hindernden Bretterzaun umgefahren. Von der Wittwe L. deshalb wegen Besitzstörung belangt, wurde er auch in dritter Instanz verurtheilt, jede weitere Störung des Besitzes der Klägerin bei Strafe zu unterlassen und derselben allen durch die Störung verursachten Schaden zu erstatten. — Das O. A. G. zu Cassel bemerkte in seinen Entscheidungsgründen:

„daß selbst in Unterstellung eines Besitzes des Ueberfahrtrechtes auf der fraglichen Stelle Appellant zu der gedachten Eigenmacht nicht befugt war, da beim Servitutenbesitze ohne körperliches Inhaben der dienenden Sache[1]) nicht, wie beim Eigenthumsbesitze, eigenmächtiger Schutz durch Selbsthülfe erlaubt ist.“ [2])

1) Elvers a. a. O. S. 65 bemerkt dabei: „Ganz anders verhält es sich aber mit den Personal-Servituten, welche ein körperliches Innehaben der dienenden Sache voraussetzen, so daß hier mit der quasi juris possessio auch eine naturalis possessio rei wesentlich verbunden ist. Hier muß der Grundeigenthümer, nachdem er einmal den Usufructuar oder Usuar in den Quasi-Besitz und damit zugleich in den Natural-Besitz des betreffenden Grundstückes zugelassen hat, diesem gegenüber jeder Selbsthülfe sich enthalten, widrigenfalls er dem Interdictum unde vi verfallen ist .....“

2) Paulus l. 9 pr. D. si serv. vind. (8, 5): Si eo loco, per quem iter mihi debetur, tu aedificaveris, possum intendere: jus mihi esse ire agere; quod si probavero, inhibebo opus tuum.

d. Erkenntniß des O. A. G. zu Darmstadt vom 5. Juni 1857, von Zimmermann a. a. O. S. 189 f. mitgetheilt:

Dem B war im Jahre 1852 rechtskräftig das Recht zuerkannt worden, das von und aus dem Hinterbau seines Wohnhauses abfließende Wasser durch den Hof seines Nachbars A ablaufen zu lassen. Als nun A im Jahre 1856 in seinem rings durch Gebäude und Mauern umschlossenen Hofraum eine Waschküche errichtete und die Backsteinmauer bereits eine Höhe von etwa 10 Fuß erreicht hatte, stieß B, der schon vorher den Bau verboten hatte und zu jener Zeit nicht im Hause wohnte, von der Grenzmauer aus vermittelst einer starken Stange die Waschküche größtentheils zusammen. Dem hierauf von A angestellten interdictum quod vi aut clam setzte B den Einwand entgegen, er habe sich nur im Besitze seines Rechts geschützt und erhob zugleich eine Widerklage auf Schutz im ungehinderten Besitze seines Wasserleitungsrechts.' — In Uebereinstimmung mit dem ersten Richter verurtheilte das Gericht dritter Instanz den B zur Wiederherstellung und zum Schadensersatze, unter Verweisung seiner Widerklage zur besondern Verhandlung, indem es mit Rücksicht auf l. 7 § 3 D. quod vi aut clam (43, 24[1]) eine magna et necessaria causa für das Beginnen des B vermißte und dessen Zerstörung eines Werkes auf fremdem Grund und Boden als eine unerlaubte Selbsthülfe und nicht als eine erlaubte Selbstvertheidigung betrachtete.[2])

---

1) Bellissime apud Julianum quaeritur: an haec exceptio noceat in hoc interdicto: „quod non tu vi, aut clam feceris?“ utputa utor adversus te interdicto Quod vi aut clam; an possis objicere mihi eandem exceptionem: „quod non tu vi, aut clam fecisti?“ Et ait Julianus: aequissimum esse, hanc exceptionem dari; nam si tu, inquit, adificaveris vi aut clam, ego idem demolitus fuero vi aut clam, et utaris adversus me interdicto, hanc exceptionem profuturam. Quod non aliter procedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa; alioquin haec omnia officio judicis celebrari oportet.

2) Zimmermann fügt in Beurtheilung dieses Falles hinzu: B habe sich nicht selbst gewaltthätig Recht verschaffen und den Bau zerstören dürfen, weil es dazu an den Bedingungen der Nothwehr fehlte, indem er sich nicht gegen einen Angriff seines Besitzthums und auch nicht auf der Stelle schützte, sondern auf fremdem Grund und Boden einen Act der Selbsthülfe übte. B hätte vielmehr nach deutlicher Anweisung in l. 5 § 10 D. de O. N. N. (39, 1), gestützt auf sein Wasserleitungsrecht, unter näherer Darlegung der Thatsache, in welcher Beziehung er in dessen Ausübung durch den Neubau beeinträchtigt werde, bei dem Gericht einen Einhaltsbefehl erwirken und alsdann selbst als Kläger mit der actio confessoria auftreten müssen. vergl. l. 29 § 1 D. ad L. Aquil. (9, 2).

Uebrigens ist hier noch zu bemerken, daß das O. A. G. zu Darmstadt in einem in Seuffert's Archiv B. 9 Nr. 157 mitgetheilten Erkenntnisse aus dem Jahre 1840, abweichend von dem aufgestellten Gesichtspunkte, den Grundsatz angenommen hat:

„Der Servitutenbesitzer darf auch auf fremdem Grund und Boden in seinem Quasibesitze sich factisch schützen, weil Doctrin und Praxis die Selbstvertheidigung gegen unbefugte Störungen ganz allgemein annehmen und bei dem Servitutenbesitzer ein Grund zur Ausnahme nicht vorliegt. Gegen das interd. quod vi aut clam findet also die Einrede des Schutzes im Besitze statt.“

Ein Seitenstück zu dem oben unter d. aufgeführten Rechtsfalle bildet übrigens

§§ 144. 145. Vergl. „Ueber das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten." Eine Probeschrift von Th. A. Ludw. Schmidt. Gießen 1838 (dazu die Rezens. von Prof. Rudorff in Richter's Krit. Jahrb. 1840 S. 1 ff.).

„Noch einige Bemerkungen über das possessorische Klagerecht des juristischen Besitzers gegen seinen Repräsentanten, zugleich als Beitrag zu der Lehre von den Besitzverträgen. Von Dr. Ludw. Schmidt in der Zeitschrift für Civilrecht und Proz. B. 14 S. 43—92.

In dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 12. December 1860 wird die Frage:

Liegt in der eigenmächtigen Behauptung der Gewahrsam, Seitens des bloßen Inhabers einer Sache, eine unstatthafte Turbation wider den Besitzer derselben?

aus folgenden Gründen bejaht.

Der bloße Inhaber übt die Gewahrsam nicht für sich selbst, sondern nur für den wirklichen Besitzer. — §§ 1. 2. 111 I. 7 A. L. R. — Die causa possessionis ist für ihn demnach einzig und allein der Wille des Besitzers, dessen bloßer Stellvertreter er ist. Hört dieser Wille auf, so fällt für den Inhaber der Rechtsgrund weg, vermöge dessen er die Sache inne hat. Daher ist auch der Besitzer berechtigt, den bloßen Inhaber jederzeit aus eigner Macht der Gewahrsam zu entsetzen — § 144 a. a. O. — Behauptet sich dessen ungeachtet der Inhaber eigenmächtig in der Gewahrsam der Sache, so entzieht er dieselbe dem Besitzer, welcher sie bis jetzt durch ihn ausgeübt hatte — § 111 a. a. O. — Er entzieht also dem Besitzer die Gewahrsam mit Gewalt im eigentlichen Sinne des § 146 a. a. O. Es ist daher die Possessorienklage gegen ihn vollkommen begründet, und wenn der erste Richter das Gegentheil annimmt, so verletzt er die oben allegirten Vorschriften, insbesondere den § 96 a. a. O. durch Nichtanwendung, sofern er die Handlungsweise des Verklagten nicht für eine gewaltsame Besitzergreifung ansieht, und nicht minder den § 144, wenn er daraus nicht die weitere Folgerung zieht, daß dem Besitzer auch gegen den bloßen Inhaber, der ihm nicht weichen will, außer der Selbsthülfe, das possessorische Klagerecht zustehe. Denn daß dies der Fall sei, geht schon daraus hervor, daß es nicht die Absicht des Gesetzgebers sein kann, dem Besitzer nur die Wahl zwischen Selbsthülfe und dem petitorischen Rechtsschutze zu gestatten, ihn also gewissermaaßen selbst zur Selbsthülfe zu zwingen. Außerdem würde nach der Ansicht des ersten Richters ein interdictum de precario niemals stattfinden können, welches doch gerade durch die eigenmächtige Behauptung in der Gewahrsam begründet wird.

Entscheidungen B. 44 S. 34 f.

---

der im Archiv für practische Rechtswiss. B. 1 (1852) S. 24, desgl. von Zimmermann a. a. O. S. 191, 192 mitgetheilte, wo ein eigentlicher Nothstand als vorliegend angenommen wurde.

Von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List, heimlich oder bittweise entnommenen oder gestörten Besitzes.

Vergl. v. Savigny, das Recht des Besitzes. Vierter und Sechster Abschnitt.

Ueber das Wesen der actio ꝛc. Aus dem Nachlasse des jüngeren Hasse. Cap. VII. Von den actiones ex interdictis. (Rheinisches Museum B. 6. (1834) S. 183 f.)

Bruns, das Recht des Besitzes. §§ 5–7. 32. 33. 36. 37. 44. 45.

Delbrück, die dingliche Klage des deutsch. Rechts S. 147 f. (und ihm folgend Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. B. 13 S. 164—178.)

Koch, die Lehre vom Besitz. Vierter Abschnitt.

§ 146. 1.

Ulp. l. 1 § 4 D. uti possidetis (43, 17): ..... Omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus. Restituendae possessionis ordo aut interdicto expeditur aut per actionem....

§ 6 J. de interd. (4, 15): Recuperandae possessionis causa solet interdici, si quis ex possessione fundi vel aedium vi dejectus fuerit. Nam ei proponitur interdictum Unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat....

Ulp. l. 1 § 1 D. de vi (43, 16): Hoc interdictum proponitur ei, qui vi dejectus est. Etenim fuit aequissimum, vi dejecto subvenire; propter quod ad recuperandam possessionem interdictum hoc proponitur.

2. Ueber die objective Beschaffenheit der die Klage auf Wiederherstellung des Besitzes begründenden Handlung sprechen sich aus:

Ulp. l. 1 § 3 D. de vi (43, 16): Hoc interdictum non ad omnem vim pertinet, verum ad eos, qui de possessione dejiciuntur. Ad solam autem atrocem vim pertinet hoc interdictum, et ad eos tantum, qui de solo dejiciuntur, ut puta de fundo, sive de aedificio; ad alium autem non pertinet. Et si quis de area dejectus sit, sine dubio interdicto locus est.

Id. l. 1 § 29 eod.: Idem Labeo ait: eum qui metu turbae perterritus fugerit, videri dejectum. Sed Pomponius ait: vim sine corporali vi locum non habere; ergo, etiam eum, qui fugatus est, supervenientibus quibusdam, si illi vi occupaverint possessionem, videri vi dejectum.

Pompon. l. 11 eod.: Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebat, uti arbitrio suo, sive in serendo, sive in fodiendo, sive in arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non reliquit.

Ferner das O. A. G. zu Dresden:

Als Spolium wird jede Handlung angesehen, durch welche Jemand einem Andern unrechtmäßiger Weise, gleichviel ob mit oder ohne Gewalt, den Besitz einer Sache entzieht. Ist dies geschehen, so leidet die Rechtsregel Anwendung: spoliatus ante omnia est restituendus, dergestalt, daß selbst die Einrede des Eigenthums, wodurch der Beklagte sein Beginnen zu rechtfertigen sucht, in der Regel keine Berücksichtigung finden kann.

v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfragen Nr. 388.

Desgleichen das O. A. G. zu Darmstadt in einem Erkenntnisse vom 3. November 1852:

Schon in vielen an das Tribunal erwachsenen Rechtsfällen ist angenommen, daß auch eine widerrechtliche Besitzentziebung ohne Gewalt Spolium sei, so wie auch dahin erkannt wurde, daß die Spolienklage resp. Einrede nicht bloß bei eigentlich dinglichen Rechten, sondern auch bei Gehaltsentziehungen (gleichviel, ob es sich von einem Staats- oder einem andern öffentlichen Amt, ja von einem standesherrlichen Dienst handelt) statthaft sei.

Seuffert, Archiv B. 13 Nr. 32.

Ebenso das Ober-Tribunal zu Berlin in dem Präjudize vom 12. April 1845 Nr. 1565:

Ein jeder eigenmächtiger unbefugter Eingriff in das Eigenthum eines Andern durch Ausübung der darin liegenden Befugnisse ist für eine gewaltsame Besitzstörung im Sinne der §§ 146. 150 Tit. 7 Th. I A. L. R. zu achten.

Präjud. Samml. S. 24, 252.

In einem Erkenntnisse des zuletzt gedachten Gerichtshofes vom 7. Januar 1861 wird die in der Ueberschrift dahin aufgestellte Frage:

Ist der besitzstörende Charakter einer Handlung dadurch bedingt, daß sie einen gegenwärtigen Besitzeingriff in sich schließt?

aus folgenden Gründen verneint:

Ließe sich der Kläger, welcher im Besitze des Rechts ist, behufs bestimmter Zwecke den streitigen Zwischenraum zeitweilig zu betreten, die von dem Verklagten eigenmächtig erfolgte gänzliche Sperrung des letzteren gefallen, welche jede Betretung von seiner Seite unmöglich macht und dergestalt unmittelbar in seinen Besitz eingreift, so würde durch eine solche Beruhigung dieser Besitz verloren gehen — vergl. Entsch. B. 38 S. 80, 81 und 387. — Die daraus für ihn folgende Nothwendigkeit zur Erhebung der Possessorienklage, falls er sich in seinem Besitze behaupten will, stellt zugleich die Handlungsweise der Verklagten als eine turbatorische dar, welche Eigenschaft sie nur dann nicht haben würde, wenn entweder die Verklagten erklärt hätten, daß dem Kläger bei eintretendem Bedürfnisse der Zutritt zu dem fraglichen Zwischenraume gewährt werden solle, oder wenn der Verschluß dergestalt eingerichtet worden wäre, daß ihn der Kläger z. B. durch Ausantwortung eines Schlüssels an ihn, im Bedürfnißfalle zu

beseitigen vermöchte. Wenn trotzdem, daß weder das Eine, noch das Andere geschehen ist, der vorige Richter die Turbation in Abrede stellt, so verkennt er allerdings den rechtlichen Begriff der Besitzstörung.

Entscheid. B. 44 S. 51—55.

Diese Entscheidung ist unzweifelhaft vollkommen begründet. Es möchte dabei nur zu bemerken sein, daß in dem gedachten Falle in der That ein gegenwärtiger Besitzeingriff, und zwar nicht bloß eine Störung, sondern eine wirkliche Entziehung der Gewahrsam vorlag, da durch die Sperrung dem Kläger sofort die Möglichkeit benommen war, den fraglichen Zwischenraum in der bisherigen Weise, nämlich durch zeitweiliges Betreten desselben zu gebrauchen. Die gewählte Ueberschrift deutet daher den richtigen Gesichtspunkt nicht an, nach dem dieser Rechtsstreit zu entscheiden war und vom höchsten Gerichtshofe auch entschieden worden ist.

# Literatur.

## 8.

**Uebersicht der bergrechtlichen Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals** von R. Klostermann, Bergrath. Berlin 1861 (1 Thlr. 15 Sgr.*).

Der Herr Verfasser veröffentlichte bereits in der Zeitschrift für das Berg-, Hütten- und Salinenwesen in den preuß. Staaten Bd. VII. VIII. eine „Uebersicht der wichtigsten Entscheidungen des Königl. Ober-Tribunals rc.," welche der Justizrath H. Gräff (Ztschr. f. B.-Recht v. Brassert, I. Seite 123) eine ebenso durch tiefen Einblick, wie durch Scharfsinn ausgezeichnete Abhandlung nennt. Jene „Uebersicht" bildet nach Plan und Inhalt die wesentliche Grundlage des vorliegenden Buchs. Dasselbe umfaßt hundert und zwanzig Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes, berührt fast alle bergrechtlichen Fragen und gewährt einen ziemlich vollständigen Ueberblick über dieses Rechtsgebiet. Erfreulich ist das erfolgreiche Streben:

> „den Zusammenhang des Bergrechts mit dem allgemeinen Civilrecht zu entwickeln und die Ueberzeugung zu befestigen, daß das deutsche Recht in seiner sechshundertjährigen von fremden Einflüssen, wie von gesetzgeberischen Experimenten, unberührten Entwickelung ein Stück unserer ureigensten Rechtsbildung darstellt und bei inniger Berührung mit der civilistischen Wissenschaft in gewissem Grade mehr, als ein anderes Spezialrecht, das Empfangene zurückgewähren kann."

Das Werk ist systematisch angelegt. Es zerfällt in folgende zwanzig Paragraphen:

§ I. Einleitung.
§ II. Die Bergregalität. — Begriff und Inhalt.
§ III. Die Gegenstände des Bergregals.
§ IV. Das Bergregal im Privatbesitz. — Das jus excludendi alios.
§ V. Die rechtliche Natur des Bergwerkseigenthums.
§ VI. Der Schürfschein und das Recht des ersten Finders.
§ VII. Die Muthung und die Feldesstreckung.
§ VIII. Die Feldesfreiheit.
§ IX. Die Distriktsverleihung.
§ X. Die Erbstollengerechtigkeit. — Das Angebot der überfahrenen Lagerstätten.
§ XI. Die Freifahrung und die Fristbewilligung.
§ XII. Die Grundentschädigung.
§ XIII. Die Grundabtretung.
§ XIV. Der Grundkux. — Die Tradde.
§ XV. Das Recht des Mitbau's zur Hälfte.
§ XVI. Das Kuxeigenthum.
§ XVII. Das Verbot der Betheiligung von Bergbeamten beim Bergbau.
§ XVIII. Die gewerkschaftliche Verfassung.
§ XIX. Die Grubenschulden.
§ XX. Die Ausbeute und die Zubuße.

*) Dieses Referat eines hochgeschätzten Mitarbeiters ist der Redaction erst nach dem Abdrucke der im 1. Hefte dieses Jahrgangs S. 166 f. enthaltenen Anzeige zugegangen, durch die letztere aber in keiner Weise überflüssig gemacht worden. Gr.

Der Verfasser liefert keineswegs etwa nur eine Bereicherung der heut zu Tage gangbaren dürren Kompilationen, sondern eine selbständige Bearbeitung der oben aufgezählten Rechtsmaterien, wobei er die Präjudizien des Ober-Tribunals wörtlich einschaltet und dieselben nebst deren Gründen einer eingehenden, zum Theil einer scharfen Prüfung unterwirft. Die Methode ist neu und glücklich gewählt, sie beachtet gleichmäßig Theorie und Praxis und wirkt der beklagenswerthen Auktorität der Präjudizien als solcher entgegen, welche den Richter allzu leicht zum αὐτὸς ἔφα der Pythagoräer verleitet.

Interessant ist der Abschnitt über die rechtliche Natur des Bergwerks-Eigenthums, über die Frage, ob darunter ein körperliches Eigenthum des Beliehenen an den verliehenen Lagerstätten, oder das unkörperliche Recht zur Gewinnung der Mineralien im verliehenen Felde zu verstehen sei. Das Ober-Tribunal hat sich nicht gleichmäßig ausgesprochen. Es werden Erkenntnisse angeführt, in denen die eine oder die andere Auffassung implicite zum Grunde liegt. Merkwürdig ist folgender Fall: A war zur Abtretung von $42^2/_3$ Kuxe der Grube P an den B verurtheilt, hatte aber während des Prozesses unter Einwerfung von 32 Kuxen der Grube P die Konsolidation der Letztern mit der Grube M veranlaßt und war mit 16 Kuxen an dem vereinigten Werke betheiligt worden. B forderte nunmehr Abtretung dieser 16 Kuxe, wurde in zwei Instanzen abgewiesen, erstritt aber in der Nichtigkeits-Instanz ein obsiegliches Erkenntniß, dessen Gründe es vermeiden, über die in Rede stehende Frage sich bestimmt zu verbreiten und vom Verfasser als weder erschöpfend noch konkludent dargelegt werden. Uebrigens hat das Ober-Tribunal seit mehreren Jahren die vom Verfasser gegen Strohn vertheidigte Definition:

„Das Bergwerks-Eigenthum ist das ausschließliche, objectiv dingliche Recht auf Gewinnung der verliehenen Fossilien innerhalb eines bestimmten Bezirks"

festgehalten. Diese Definition reicht praktisch aus und steht dem Wesen nach auch mit den Begriffsbestimmungen im preuß. Bergrechts-Entwurf von 1846 § 17, wonach

der mit dem Bergeigenthum Beliehene das Eigenthum aller in der Verleihung bezeichneten Mineralien erwirbt,

so wie im Entwurf von 1850 § 5, wonach

die vom Staate ertheilte Verleihung das Eigenthum an dem verliehenen Bergwerk begründet,

im vollen Einklang, sofern man nicht außer Acht läßt, daß die absolute Subsumtion unter einen civilistischen Rechtsbegriff bei Rechtsinstituten rein deutschen Ursprungs vielfach weder thunlich noch wünschenswerth ist. Zahlreich sind die Entscheidungen über Fragen aus den kontroversenreichen Lehren vom Finderrecht, von den Muthungen und von der Grundentschädigung. Der Verfasser hat diese Materien, aus denen sich bekanntlich die ergiebigste Prozeßquelle ergießt, mit besonderem Fleiße und erschöpfender Gründlichkeit bearbeitet.

Es ist nicht unsere Absicht, dem Gange des Buchs im Einzelnen zu folgen und dasselbe einer speziellen Kritik zu unterziehen. Es genüge die Bemerkung, daß der Verfasser nirgends den streng wissenschaftlichen Boden verläßt, dabei überall der Klarheit sich befleißigt und solchergestalt die, auch vermöge der Zahl der geltenden Provinzial-Berg-Ordnungen schwierige Disciplin selbst demjenigen, der sich wenig damit beschäftigt hat, zugänglich und anziehend zu machen weiß. Sein Werk wird zuverlässig von Keinem, welcher, sei es als Richter oder als Gewerke, mit dem Bergwesen zu thun hat, ohne großen Nutzen gelesen werden.

Fh. D. G.

---

## 9.

**Der allgemeinen Gerichts-Ordnung für die Preußischen Staaten zweiter Theil, betreffend das Verfahren in nicht streitigen Sachen, insbesondere Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in den noch jetzt geltenden Bestimmungen mit den späteren Gesetzen nebst erläuternden Anmerkungen, einschlagenden Ministerialverfügungen und Entscheidungen.** Von Hermann Rößler, Kreisrichter. Breslau, Verlag von Joh. Urban Kern. 1860.

---

Wir begegnen in dem vorliegenden Werke einer nach Art der Kochschen Prozeßordnung bearbeiteten Ausgabe des zweiten Theils der Allgemeinen Gerichts-Ordnung, in dem bekanntlich ebenfalls vieles antiquirt und abgeändert ist. Wenn das Bedürfniß in Betreff dieses Theils der Gerichts-Ordnung unbedenklich nicht so groß ist, wie beim ersten Theile, und beim Landrecht, die ergänzenden, erläuternden und abändernden Bestimmungen, so wie die Entscheidungen des höchsten Gerichtshofes vereint, und in richtige Verbindung mit den alten Vorschriften gebracht zu sehen, so läßt sich doch nicht verkennen, daß das vorliegende Buch, das der langjährigen praktischen Beschäftigung des Verfassers seine Entstehung verdankt, sowohl für das Studium, als auch für den Handgebrauch von Nutzen ist. Nur vermissen wir in dem Buche Uebersichtlichkeit. Es ist nämlich der ganze Text mit denselben Lettern gedruckt. Es tritt zu wenig und oft gar nicht in die äußere Erscheinung, wo die Worte der Gerichts-Ordnung aufhören, und die Citate des Herrn Verfassers beginnen; es hätte sich dieses durch das practische Mittel der Anwendung eines andren Druckes sehr leicht herstellen lassen. Der Verfasser verändert selbst die Worte des Gesetzbuches, ohne dieses auch nur anzudeuten, so z. B. gleich im § 3 Tit. 1: „Welche Handlungen nothwendig gerichtlich und zwar vor dem Richter der Sache vollzogen werden müssen. Zu den Handlungen, welche nothwendig vor dem gehörigen Gerichte vollzogen werden müssen, gehören I. (nach dem Rößlerschen Buche): diejenigen, welche vor dem Richter der Sache abzuschließen." Wenn es auch richtig ist, daß die Vorschrift der Gerichts-Ordnung nicht mehr paßt, so kann man doch ohne diese vor sich zu haben, nicht wissen, was ursprünglicher Text, und was Zusatz resp. Abänderung des Verfassers ist. Es wäre wohl wünschenswerth gewesen, einzelne Gesetze vollständig aufzunehmen, z. B. das über die Form einiger Rechtsgeschäfte vom 11. Juli 1845, das an den betreffenden Stellen des § 6 Tit. 1 nur citirt ist. Es ist immer besser, das Gesetz in seiner Ganzheit vor sich zu haben. So können wir es auch nicht billigen, daß das Gesetz vom 23. April 1821 wegen Aufhebung der Verlautbarung der Verträge über unbewegliche Güter nur zum Theil, und nicht vollständig mitgetheilt ist. Bei den angeführten Entscheidungen des Ober-Tribunals ist fast niemals citirt, wo sie zu finden. Häufig ist dieses auch bei den angeführten Rescripten der Fall, wodurch die Gelegenheit zur eigenen Prüfung erschwert ist. — Merkwürdiger Weise hat der Verfasser im § 10 Tit. 2 folgende Bestimmung unverändert und ohne Bemerkung stehen lassen: „Doch wird derjenige Richter, welcher ohne Noth und erhebliche Ursachen einen Actus in einem fremden Gerichts-Sprengel vorzunehmen sich angemaaßt hat, nach näherer Bestimmung der

Gesetze, nicht nur seiner Gebühren verlustig, sondern er hat auch willkürliche fiscalische Strafe verwirkt." —

Im Uebrigen muß man anerkennen, daß dem Werke viel Fleiß gewidmet ist, der es daher auch zu einem ziemlich vollständigen gemacht hat. —

Sutro, Gerichts-Assessor in Münster.

---

## 10.

**Theoretisch-praktisches Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen und den Rheinischen Kreisen Essen, Duisburg und Rees nach den alten Provinzialgesetzen, Statuten und Gewohnheiten und nach dem neuen Provinzialgütergemeinschaftsgesetze vom 16. April 1860 nebst der Lehre von der Einkindschaft in Verbindung mit der Provinzialgütergemeinschaft.** Rechtshistorisch entwickelt und sistematisch dargestellt von A. C. Welter, Königl. Preuß. Appellationsgerichts-Vicepräsidenten in Paderborn. Paderborn, Verlag von Ferdinand Schöningh. 1861. 571 S.

---

Schon der Name des Verfassers sichert diesem inhaltreichen Werke eine günstige Aufnahme. Es ist wahrhaft erfreulich, daß unser westfälisches eheliches Güterrecht, sowohl in seiner bisherigen, noch durch mehrere Menschenalter sich fortschleppenden Vielgestaltung, als in seiner (leider nicht vollständigen) Umschmelzung zu einem einheitlichen Recht, einen Bearbeiter in einem Manne gefunden hat, der nicht allein durch seine frühere, der Darstellung wichtiger Rechtsverhältnisse unserer Provinz gewidmete literarische Thätigkeit, sondern auch insbesondere durch seine amtliche Mitwirkung in den Vorstadien des neuen Gesetzes mehr als irgend ein Anderer zu einem solchem Werke berufen war. Der Zweck desselben wird in der Vorrede (S. IV) dahin angegeben: „das gesammte eheliche Güterrecht jener Landestheile, das alte wie das neue, in einem einzigen juristischen Handbuche umfassend zusammenzustellen, und es in dieser Art nicht bloß den Juristen, sondern auch dem gesammten dabei betheiligten Publikum in und außerhalb der Provinz, jedem aus demselben in seinem Bereiche, als ein Ganzes zugänglich und verständlich zu machen." „Um diese Vollständigkeit zu erreichen" — so sagt die Vorrede weiter — „durfte sich dasselbe nicht bloß auf die Darstellung der verschiedenen alten Gütergemeinschaften und der einheitlichen neuen Gütergemeinschaft beschränken, sondern es mußte auch die Hauptgrundzüge des gemeinrechtlichen, des landrechtlichen und des eine Zeit lang hier zu Lande gegoltenen französischen ehelichen Güterrechts mitumfassen. Von besonderer Wichtigkeit war es hiebei, die alten Gütergemeinschaften in ihrer Entstehung und Fortbildung bis auf die Jetztzeit durch die verschiedenen Rechtsperioden des gemeinen Rechts, des Allgemeinen Landrechts und des französischen Rechts, die sie in dem häufigen Wechsel der Regierung und der Gesetzgebung seit dem Anfange dieses Jahrhunderts größtentheils zu bestehen hatten, historisch durchzuführen, nicht nur um desto schärfer die rechtlichen Einwirkungen zu konstatiren, welche sie durch den Einfluß dieser von ihr abweichenden Rechte bis zu dem Erscheinen der sie in ihrem alten Umfange wiederherstellenden Allerhöchsten Verordnung vom 8. Januar 1816 erlitten haben, sondern auch um den während der Dauer jener Rechtsperioden einmal entstandenen Rechtszustand für die Vergangenheit in allen seinen Abzweigungen

vollständig festzustellen." Das Werk besteht, seinem Plane gemäß, aus zwei Haupttheilen von fast gleichem Umfange. Der erste, dem in den §§ 1—13 eine rechtshistorische Einleitung vorangeschickt ist, behandelt: das westfälische eheliche Güterrecht nach den alten Provinzialgesetzen, Statuten und Gewohnheiten, oder: das Provinzial-Güterrecht in den bis zum 1. Januar 1861 geschlossenen Ehen; der zweite: das westfälische eheliche Güterrecht nach dem Provinzial-Gütergemeinschaftsgesetze vom 16. April 1860, oder: das Provinzial-Güterrecht in den vom 1. Januar 1861 geschlossenen Ehen. —

Der erste Haupttheil stellt in seiner ersten Abtheilung in vier Abschnitten dar: die Entstehung und Ausbildung des ehelichen Güterrechts in Deutschland überhaupt, so wie insbesondere in den westfälischen Landestheilen, unter besonderer Berücksichtigung des rechtlichen Einflusses der fremdherrlichen Gesetzgebung und der wiedereingeführten Preußischen Gesetzgebung. Die zweite Abtheilung enthält, in vier Abschnitte gesondert, die in den Bezirken der Appellationsgerichte zu Münster, Paderborn, Hamm und Arnsberg geltenden ehelichen Gütergemeinschaftsrechte. Es sind dies: die Güterrechte in dem Fürstenthum Münster mit Einschluß der Standesherrschaften Ahaus, Bocholt, Gehmen, Horstmar, Dülmen, Rheina-Wolbeck und der Herrschaft Wirth; in der Herrschaft Anholt, den Grafschaften Steinfurt, Lingen und Tecklenburg und in dem Veste Recklinghausen. Ferner: in dem Fürstenthume Paderborn, der Grafschaft Rietberg, den Herrschaften Rheda und Gütersloh, dem vormaligen Fürstlich-Osnabrückschen Amte Rackeberg mit Einschluß der Stadt Wiedenbrück; in dem Fürstenthume Minden und der Grafschaft Ravensberg mit Einschluß der besonderen Lokalobservanzen in den Städten Minden, Lübbecke und Bielefeld, und der Abweichung im Stiftsgebiete der Stadt Herford und der vormaligen Abtei Corvey. Sodann: die Clev-Märkische Gütergemeinschaft mit den abweichenden Lokalobservanzen in den Städten Hamm, Lüdenscheid, Altena, Breckerfeld, Neuenrade mit Dohla, Fischersberg und Hollenstein; die Soester, Duisburger, Dortmunder, Stift-Eltensche und Werdensche Gütergemeinschaften, und die früheren Güterrechte in Stadt und Stift Essen, in der Herrschaft Broich und dem Amte Styrum. Endlich: die Lippstädter Gütergemeinschaft, die Gütergemeinschaften im Herzogthum Westfalen, namentlich in den Städten Rüthen, Gesecke, Werl und Beleke, Brilon, Medebach mit dem Dorfe Donau, Ober- und Niedermarsberg nebst Erlinghausen, Hirschberg, Arnsberg mit dem Amte Olpe; in dem Fürstenthume Siegen, in den Aemtern Burbach und Neuenkirchen (Freien und Hückengrund), und den Fürstenthümern Wittgenstein-Wittgenstein und Wittgenstein-Berleburg.

Bei dem zweiten Haupttheil, welcher das nach dem Gesetze vom 16. April 1860 in den seit dem 1. Januar 1861 geschlossenen Ehen geltende Provinzial-Güterrecht in drei besonderen, wiederum in mehrere Abschnitte zerfallenden Abtheilungen behandelt, hat sich der Verfasser nach Inhalt der Vorrede die Aufgabe gestellt: „die Bestimmungen des Spezialgesetzes vom 16. April 1860 mit den einschlagenden und ergänzenden Vorschriften des Allgemeinen Landrechts in eine völlig vereinigte Rechtsverbindung zu bringen, weil nur dadurch das Rechtssistem ein vollständiges in sich verbundenes Ganze und den zu Rechts-Kombinationen weniger fähigen Nichtjuristen leichter faßlich und verständlich wird." Diese Darstellungsweise gewährt jedenfalls den großen Vortheil, daß sie uns die ganze Rechtsmaterie in einem Gusse vorführt

und so die Lücken ausfüllt, welche das neue, die Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts zur Grundlage nehmende Provinzial-Gesetz seiner ganzen Gestaltung nach als ein bloß declatorisches beziehungsweise correctorisches Gesetz nothwendig an sich tragen mußte. Die beigefügten Anmerkungen enthalten die nöthigen Hinweisungen auf das, was Doctrin und Praxis in Betreff der verschiedenen Rechtskontroversen bieten. Insbesondere sind die Präjudizien des Königl. Ober-Tribunals überall gehörig berücksichtigt, auch die Ansichten Koch's und Bornemann's mehrfach berichtigt.

Dem zweiten Haupttheil schließt sich in einer besonderen (der vierten) Abtheilung an: die Lehre von der Einkindschaft in ihrer Verbindung mit der Provinzial-Gütergemeinschaft. Den Schluß des Werkes, das sich auch durch seine äußere Ausstattung empfiehlt, bilden mehrere Anlagen, die seine Brauchbarkeit erhöhen, nämlich I. Grundzüge zu einem Gesetze über das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und denjenigen Theilen der Rheinprovinz, welche zu dem Bezirke des Oberlandes-Gerichts (jetzt Appellations-Gerichts) zu Hamm gehören; II. Berathungs-Verhandlungen der im December 1846 zu Münster versammelten Kommission der vier Oberlandes-Gerichte und des ständischen Ausschusses der Provinz Westfalen über das eheliche Güterrecht für die Provinz und die Kreise Rees und Duisburg; III. Entwurf des Gesetzes über das eheliche Güterrecht für die Provinz Westfalen und die Kreise Rees und Duisburg, nebst den Motiven, berathen und zusammengestellt zu Münster von Kommissarien der vier Oberlandes-Gerichte und dem ständischen Ausschusse der Provinz, vom 19. December 1846; IV. Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg, vom 16. April 1860; V. Gesetz, betreffend die Abschätzung von Landgütern zum Behufe der Pflichttheilsberechnung in der Provinz Westfalen, vom 4. Juni 1854; VI. Deklaration, betreffend die Befugniß des überlebenden Ehegatten, nach der in den Fürstenthümern Paderborn und Minden, den Grafschaften Ravensberg und Rietberg, den Herrschaften Rheda und Gütersloh und dem vormaligen Amte Reckeberg geltenden Gütergemeinschaft während der communio prorogata über das gütergemeinschaftliche Vermögen zu disponiren, vom 26. März 1861.

J. A. Gruchot.

# Abhandlungen.

## Nr. 12.
## Zur Bestimmung der Grenzen zwischen Gläubiger und Schuldner bei Zahlungszwang.

Von Chr. M. A. Sad, Dr. der Rechte und Kreisrichter in Sagan.

### Einleitung.

Das wiedergewonnene Rechtsbewußtsein vergangener Jahrhunderte tadelt als willkürliche Empfindsamkeit die Milde, welche das Schwert der Obrigkeit zurückhielt, und fordert Eingang in die nächsten Schuldgesetze, auch die gemeinen Deutschen.

Bei Feststellung der neuen Grenzen zwischen Gläubiger und Schuldner dürfen die früheren nicht unbeachtet bleiben. Auf einer Strecke des der Beitreibung von Geldschuld angehörigen Gebietes, hat Verfasser Zeichen besichtigt und alte Hügel aufgegraben.

Ueber den Befund, mit Rücksicht auf die neuen Grenzen, Bericht erstattend, hegt er, seine bescheidenen Mittel nicht verkennend, allein die Hoffnung, durch Anregung eines so wichtigen Gegenstandes dem vaterländischen Werk zu nützen. Hiernach wolle der geneigte Leser diese Arbeit, wenn schon nur mit Prozenten seiner Ansprüche befriedigt, doch entschuldbar finden. —

### Cap. 1. Mosaisches Recht.

Voll Mitgefühls gebieten die ältesten Hebräerschriften im Namen des gemeinschaftlichen Gottes den Begüterten, mit zinsenlosem[1]) Darlehn, selbst bei nahendem Erlaßjahr, armen Volksgenossen aufzuhelfen,[2]) und, obschon die Schuldgesetze streng zum Ziele gerichtet sind, in deren Anwendung mit Nachsicht zu verfahren.

Nach seiner Wahl ergriff der Gläubiger die Erndte,[3]) die städtischen Häuser,[4]) die gesammte Habe, die Person des Schuldners mit Weib und Kind.

---

1) Mos. II. 22, 25. III. 25, 36.

2) Mos. V. 15, 7 ff.

3) Die Aecker fielen im Halljahr dem Verkäufer wieder zu (Mos. III. 25, 11 ff.).

4) Ebenda V. 30.

Beschränkungen sind nicht ersichtlich. Daß gewisse Kleider der Execution nicht unterlagen, folgert Michaelis [5]) mit Unrecht aus Mos. II, 22.

26. „Wenn Du Deines Nächsten Mantel zum Pfande nimmst, sollst Du ihn ihm wiedergeben, ehe die Sonne untergeht.

27. Denn es ist seine einzige Decke und die Hülle seiner Haut, darin er schläft ꝛc.“ [6])

Von der Schonung des Schuldners vor dem Zahlungstage ist auf die Behandlung des Säumigen kein Schluß zu ziehen. Daher auch die Bestimmung Mos. V, 24, 6:

„Man soll nicht zum Pfande nehmen Mühle oder Mühlsteine; denn das wäre die Seele zu Pfande nehmen,“

nicht über freiwillige Verpfändungen auszudehnen.[7]) Gegen alle Beschränkungen sprechen Stellen wie

Sprüche 22, 27. „Denn wo Du nicht hast zu bezahlen, wird man Dein Bette unter Dir wegnehmen.“

Hiob 22, 6. — „Du hast den Nackenden die Kleider ausgezogen.

24, 3. Sie treiben der Waisen Esel weg, und nehmen der Wittwe Ochsen zum Pfande.

7. Nackend übernachten sie ohne Kleid und haben keine Decke im Frost.

9. Sie reißen den Waisen von den Brüsten und pfänden, was der Elende anhat.

10. Den Nackenden lassen sie ohne Kleider gehen und Hungrige tragen ihre Garben.

11. Zwischen ihren Mauern müssen sie Oel pressen, treten die Kelter und dürsten.“

Die hier getadelte Härte war danach vom Rechte zugelassen. Eigenmächtige Pfändung scheint verboten in

Mos. V, 24, 10. „Wenn Du Deinem Nächsten irgend eine Schuld borgest, so sollst Du nicht in sein Haus [8]) geben, um sein Pfand von ihm zu nehmen.

11. Sondern Du sollst draußen stehen, und er, dem Du borgest, soll das Pfand zu Dir hinausbringen.“

Wollte sich der Gläubiger an die Person des Schuldners mit dessen Familie halten,[9]) oder löste sich dieser, indem er seine Kinder verkaufte, so trat keine Sclaverei,[10]) vielmehr ein mildes Dienstverhältniß bis zum Halljahr ein,

5) Mosaisches Recht § 148, 3.
6) Vergl. M. 5, 24, 13. Auch die hierauf bezügliche Stelle der Bergpredigt V. 40 beweist nichts. Der biblische Text ist der Uebersetzung von Stier (Bielefeld 1856) entnommen.
7) A. M. der Aufsatz in Klein's Annalen Bd. 25 S. 142.
8) Aehnliche Bestimmungen unten Cap. 7 § 2, 1 und Cap. 8.
9) Könige II, 4, 1: Mein Mann ist gestorben ꝛc.; nun kommt der Schuldherr und will meine beiden Kinder sich nehmen zu Knechten.
10) Von einer solchen reden Michaelis a. a. O. und Zeller, Biblisches Wörterbuch (1856) unter: Darlehn.

„denn sie sind meine Knechte, die ich aus Egyptenland geführt habe; darum soll man sie nicht auf leibeigene Weise verkaufen,

Und sollst nicht mit Strenge über sie herrschen, sondern Dich fürchten vor Deinem Gott."

Dieselbe Schonung, wenn der Schuldner sich selbst verkaufte, vielleicht damit ein frömmerer Herr die Schuld bei einem strengeren bezahlte.[11])

Unrichtig ist also der Vorwurf des Mevius:[12])

A Judaeis ea erga debitores inclementia ad Graecos, a Graecis ad Romanos cum caetera legislatione transiit.

## Cap. 2. Attisches Recht.

In Athen ist die Knechtschaft der Schuldner, auf Darlehne ἐπὶ τοῖς σώμασιν beschränkt,[14]) von Solon[15]) ganz beseitigt worden. Persönliche Verhaftung blieb gegen Ausländer, gegen Einheimische allein in Handelssachen[16]) Bedürfniß, doch drohte dem selbstbewußten Bürger des kleinen Staates und seinen Kindern Schimpf und Schande, wenn ihn der Gläubiger, die eigenmächtige[17]) Pfändung und Einweisung in seine Liegenschaften übergehend, ἐξούλης belangte.[18]) Eine gesetzliche Schranke der Exekution in das Vermögen, gewisse Ferien[19]) ausgenommen, gab es nicht.[20]) —

---

11) Mos. III 25, V. 39 ff. Bemerkenswerth der Ausdruck noges für Schuldherr, und damit nagus (nexus) für Schuldknecht.

12) Ad jus Lub. I, 3, 1. Nr. 3.

13) Henric. Stephanus thesaurus unter ἀγώγιμος.

14) Plutarch. Solon. c. 13: ἢ χρέα λαμβάνοντες ἐπὶ τοῖς σώμασιν ἀγώγιμοι τοῖς δανείζουσιν ἦσαν.

15) Nach ägyptischem Vorbild. Preuß. Gerichts-Zeitung 1860 S. 179. Montesquieu espr. d. lois, lib. 20, c. 14.

16) Heffter, Athenäische Gerichtsverfassung S. 456. Schoemann, Antiquit. jur. publ. Graecor. V. § 60 und § 20.

17) Heffter a. a. O. S. 454.

18) Der mit dieser Judikatsklage belangte Schuldner, der die Frist versäumte, wurde zu einer Strafe an den Fiskus, im Betrage seiner Schuld, verurtheilt, und, wenn er diese nicht erlegte, ehrlos. Vergl. Heffter's eingehende Erläuterung a. a. O. S. 456. Harpocration edit. Becker unter ἐξούλης.

19) Heffter a. a. O. S. 456.

20) Demosthen. c. Steph. A. § 1123 zu Deutsch: Du aber, ein Wucherer, das Unglück Anderer zu Deinem Vortheil nützend, warfst Deinen Onkel Nikias aus dem väterlichen Hause, nahmst Deiner Schwiegermutter ihres Lebens Nothdurft, machtest den Sohn des Archedemos — so weit es bei Dir stand — obdachlos. Keiner verfolgte jemals den Verurtheilten so rücksichtslos, wie Du der Zinsen halber Deine Schuldner.

## Cap. 3. Römisches Recht.

### § 1. Geschichtliche Entwickelung im Allgemeinen.

Den finsteren Gebräuchen der alten Römer legten die XII Tafeln,[21]) das Rechtsbewußtsein schonend, Zügel an. Diesem zeigte sich jede Schuld als Band des Willens, das sich im Streite zur eisernen Fessel härtete. Ihm entsprach es, den Willen, der frevelhaft dem Bande zu entfliehen strebte, — gleich einem fugitivus — zu vernichten.

Solcher Anschauung war fremd die Pfändung. Wo sie eintrat,[22]) lagen Gründe des öffentlichen Wohles vor, dem Hab und Gut gebührten.

Tödtung, Verkauf und capitis deminutio des Schuldners, auch die Fesseln[23]) fielen, die Haft im Hause des Gläubigers aber — die leichte[24]) — blieb, und wurde lange nach Einrichtung von Schuldgefängnissen[25]) durch Kaiser Zeno (486) und Justinian, von diesem bei Forderungsverlust[26]) und Strafe der Talion verboten.

Des entkommenen Schuldners zurückgelassene Habe mochte wenig reizen, denn zu Fremden fliehen konnte nur der Hoffnungslose. Darum erscheint das prätorische Mittel entehrender Einweisung in die Vermögensgesammtheit[27]) verhältnißmäßig spät. Bald ausgedehnter angewendet, kehrte sie in frühere Beschränkung gegen den indefensus und den Gemeinschuldner von selbst zurück,[28]) als die bonorum cessio der lex Julia[29]) und die pignoris capio des Antoninus Pius[30]) willkommenere Wege zeigte.

---

21) Gellius noct. Att. XX, 1. Ausführliche Erläuterung bei Rittershusii comment. in XII tab. (Argentorati 1659); v. Bethmann-Hollweg, Handb. des Ziv.-Pr. § 28; Puchta, Instit. § 179.

22) Ausnahmsweise: Gaj. IV § 26 ff., v. Beth.-Hollw. a. a. O.; v. Keller Röm. Ziv.-P. § 20.

23) ex lege Poetelia 326 a. Chr.

24) Die XII Tafeln enthalten schon den Satz: si volet suo vivito, und dennoch war nöthig l. 34. D. de re jud.: Si victum vel stratum inferri quis judicato non patiatur, utilis in eum poenalis actio danda est, vel, ut quidam putant, injuriarum cum eo agi poterit.

25) l. 23 D. pr. ex quib. causis majores.

26) l. 23 Cod. de episc. aud. tit. Cod. de privatis carceribus inhibendis. — Privata custodia galt also für unerlaubte Gewalt.

27) Gaj. III. 77; IV, 35. l. 2. 7. § 1. D. quibus ex causis in poss. eatur.

28) Heffter, System des R. u. D. Ziv.-Pr. § 513, v. Keller § 83.

29) Daß sie von Cäsar herrühre, läßt sich nicht beweisen aus Sueton. Jul. Caes. 42: decrevit, ut debitores creditoribus satisfacerent per aestimationem possessionum, quanti quasque ante civile bellum comparasset.

30) l. 31 Dig. de re jud. Keller a. a. O.

Die berüchtigte Habsucht Roms[31]) konnte Schonung gegen den Schuldner nur insoweit üben, als diese dem Gläubiger zur Befriedigung verhalf. Erleichterungen traten ein, als Reichthum und Privatgewalt der kaiserlichen Macht erlagen.

### § 2. Fristen.

Des überwundenen Schuldners dies justi, auf dreißig Tage von den XII Tafeln bestimmt, und vom Prätor bei venditio bonorum beibehalten,[32]) zur Kaiserzeit nach den Umständen jedes Falles bemessen und verlängert,[33]) wurden später auf zwei,[34]) zuletzt von **Justinianus** auf vier Monate, mit neuem Nachtheil für den Gläubiger, daß innerhalb derselben keine Zinsen liefen, festgesetzt.[35])

Die andere alte Frist von sechszig Tagen, welche der Addiktion vorherging, — vom Prätor inzwischen bei venditio bonorum auf einen Monat eingeschränkt,[36]) — erscheint im Kaiserrechte beim Verkauf der Pfänder wieder.[37])

### § 3. Vollstreckungs-Mittel.

Die Pfändung sollte zuerst bewegliche, dann unbewegliche Sachen ergreifen, und endlich sollten Forderungen eingezogen oder veräußert werden.[38])

Dem Schuldner, dem das beneficium competentiae nicht zustand, wurde n i c h t s gelassen.

Zum Besten des Staates war Zugvieh und Geräth des Ackerbauers;[39]) der schaubegierigen Menge zu Gefallen, des Athleten noch ungewonnene Belohnung[40]) ausgenommen; der Militärverwaltung wegen der Sold des Kriegers nur in letzter Stelle anzutasten.[41])

Ein Manifestationseid kommt, gelegentlich der cessio bonorum, in der nicht glossirten Novelle 135 vor.

---

31) Ergreifend dargestellt von **Drumann**: die Arbeiter und Communisten in Griechenland und Rom (1860) S. 289 ff. besonders 295.

32) Gaj. III § 78.

33) l. 31. 2 D. de re jud. l. 13 D. i. f. de damno. l. 45 § 1 D. de incendio.

34) l. 2. Cod. Theod. de usur. rei jud.

35) l. 23. Cod. Just. ibid.

36) Gaj. III., § 79.

37) l. 31 cit.

38) l, 15 D. de re jud. §§ 2. 4. 10.

39) l. 7. 8. Cod. quae res pignori.

40) l. 5. ibid.: überflüssig, wenn des Arbeiters noch unverdienter Lohn nicht anzugreifen war. — l. 40 D. de re jud.

41) l. 4. Cod. de exec. rei judic.

Daß Personalarrest zur Kaiserzeit erst nach Vollstreckung anderer Hülfe zugelassen worden, läßt sich nicht beweisen.[42]) Dagegen spricht der Satz:

> in eo enim tantum hoc beneficium (cessionis) eis prodest, ne judicati detrahantur in carcerem,[43])

und die Voranstellung der Personalhaft bei öffentlichen Steuern, wo ein Gegensatz zu anderen Forderungen nicht gesucht ist.[44])

Frauen wurden durch Justinian vom Schuldarrest befreit.[45])

## § 4. Beneficium competentiae.

Gewiß zur Kaiserzeit aus der Alimentationspflicht der Verwandten entwickelt ist das beneficium competentiae, möchten dessen Wurzeln wirklich zu Ende der Republik erkennbar sein.[46])

Die Wirkung des beneficii ist bestritten. Jener Habsucht, aber auch dem Rechtsgefühl der Römer zu widerstreben scheint die jetzt ziemlich allgemein verworfene Lehre, daß der Gläubiger im älteren[47]) Rechte das residuum verloren habe.

Doch wird behauptet, auch Sintenis[48]) und Francke[49]) kommen überein, daß im älteren Formular-Prozesse eine Konsumtion eingetreten, deren Wirkung durch Kaution vermieden worden.

---

42) Francke über d. R.wohlthat der Competenz im Archiv f. Ziv.-Praxis 23 S. 408. A. M. v. Bethm.-Hollw. § 31 N. 27.

43) l. 1. Cod. qui bonis ced.

44) l. 2. Cod. de exactoribus tributorum.

45) Nov. 134. c. 9 auth. Cod. de cust. reor.

46) l. 2. D. quod cum eo. kann bei fortdauernder Wirksamkeit der edicta magistratuum unter den Kaisern nichts beweisen. l. 18 § 1 D. solut. matr. Hier giebt Pomponius den Ausspruch eines Ofilius. Zum Nachweis, daß dieser dem Cicero bekannt gewesen, bezieht man sich auf dessen Brief ad fam. VII, 21, ohne zu bedenken, daß dort statt „Ofilius“ in der medizäischen Handschrift „officium“ steht. Eher könnte man l. 234. D. V. S. anführen, wegen der Worte: „Ofilius ad Atticum ait.“ — War übrigens auch einer exceptio: „neque si res dotalis interiisset et alioquin solvendo non esset (maritus)“ gegenüber die Replik: „atque si dolo ejus factum esset, quominus facere possit,“ erforderlich, so braucht man hierbei nicht an das benef. comp. zu denken (l. 17 pr. D. de jure dotium).

47) l. 8. Cod. sol. matr. von Diocletian und Maxim.: Nec maritus — residui probabiliter solutionem recuset.

48) Zeitschr. f. Zivilr. u. Pr. Bd. 15 S. 329.

49) a. a. O. S. 401. 402. 414.

Eine prozessualische Konsumtion,[50]) auf welche die seltene Bezeichnung des beneficii als „exceptio“ geleitet, kann aber überhaupt nicht stattgefunden haben.

Unstreitig hat der Prätor nicht berechnet, wie viel der Schuldner leisten konnte. Die Formel — den einfachsten Fall zu nehmen — lautete:

S. p. Nm. Nm. (militem) Ao. Ao. sestertium X millia dare oportere Nm. Nm. in quantum ejus rei facere potest condemna, s. n. p. a.

Wenn aber Francke's Formel[51]) richtig, und ejus rei weggeblieben wäre, der Richter mußte immer zur Zahlung des Geldbetrages verurtheilen, den die Prüfung der intentio ergab.[52])

Unstreitig war sein Urtheil, welches die Formel nicht genau befolgte, nichtig.[53]) Diese war unerfüllt durch ein Erkenntniß: solve quantum facere potes. Der Schuldner konnte ja noch XX haben! Auszudrücken blieb, daß „X dare oportere“ richtig war.[54])

Widersinnig hätte der Richter ausgedrückt, daß wegen zeitiger Unmöglichkeit der Deckung die Verpflichtung selbst getilgt sei, hätte er den Schuldner von X, der V besessen, nur zu V verurtheilt, wie Theophilus berichtet. Es wird erlaubt sein, diesem Gewährsmann gänzlich zu mißtrauen,[55]) dessen Satz, mit einem Tadel seines oberflächlichen Verfahrens Francke für das justinianeische Recht als falsch beweist.[56])

Befehl und thatsächliche Mittel, des Schuldners Leistungsfähigkeit zu schätzen, enthielt die Formel nicht,[57]) — aus gutem Grunde.

Bisher zu wenig beachtet in dieser Lehre scheint die Stelle l. 15 Dig. sol. matr. von Paulus:

Rei judicatae tempus spectatur, quatenus maritus facere potest.

Das Vermögen des Verklagten nach der Rechtskraft der Entscheidung konnte vor dem Urtheil nicht ermittelt werden. Dieses mußte also lauten:

„X solve, quantum facere potes.“

---

50) Zur Rechtfertigung des Eingehens in diese Frage möge der Satz des Cic. pro Rosc. com. dienen: Expressae sunt a praetore formulae ad quas privata lis accommodatur. Ohne Kenntniß des Prozesses kein Verständniß des materiellen Rechts.

51) a. a. O. S. 395.

52) Gaj. IV, 52.

53) v. Keller, Röm. Civ. Pr. § 66.

54) Vergl. l. 59 D. de re jud.

55) Haben doch die Kompilatoren der Pandecten, wie v. Bethm.-Hollw. Hdb. I § 31 darthut, den alten Prozeß nicht verstanden.

56) a. a. O. S. 394.

57) Auf bonae fidei und arbitrariae actiones wird verwiesen, doch war bei diesen ohne Schätzung die Schuld nicht festzustellen und kein Erkenntniß möglich. Cic. de off. III. c. 15 (e. v. Bonnell.)

Die Schätzung gehörte in die Exekutionsinstanz.[58]) So erklärt sich, daß die Berufung auf die Wohlthat nach dem Urtheil zugelassen wurde.[59]) Rechtskräftig ist das „X solve," eine neue Klage also entbehrlich und unzulässig.

Wozu dann die Kautionen?

Sintenis bemerkt zwar, daß als nöthig die Kautionen nicht bezeichnet seien, der allgemeinen Meinung aber, daß sie eine Aushülfe boten, tritt er nicht entgegen. Waren sie von großer Bedeutung, so mußten mehr als zwei vereinzelte Stellen von ihnen reden. Diese lassen sich jedoch wie folgt erklären:

l. 63 § 4 pro socio lautet:

> Item videndum, an cautio veniat in hoc judicium ejus, quod facere socius non possit, scilicet nuda promissio; quod magis dicendum arbitror.

Die Verbindung der Stelle mit § 3 ergibt, daß von Schätzung des Schuldners, also — wie ausgeführt — von dem Verfahren nach dem Urtheil die Rede ist.

Es fragte sich, ob die promissio ein Vergleich contra rem judicatam, und deßhalb ungültig[60]) sei? Ulpian verneint mit Recht, weil nicht erkannt war: quod f. p. solve, sondern X solve i. q. f. potes.

In l. un. § 7 Cod. de rei ux. act. sagt Justinian:

> in tantum quidem maritus condemnetur, in quantum facere potest, quia hoc aequissimum est et reverentiae debitum maritali, si non dolo malo versatus est; cautione videlicet ab eo exponenda, quod si ad meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret.

Dem Rescript der Kaiser Dioclet. und Maxim. in l. 8 Cod. sol. matr. gegenüber wäre es eine neue Einrichtung gewesen, die Ertheilung der Wohlthat an die Kaution zu knüpfen. Diese ist nicht gewollt, sonst würde die pomphafte Phrase nicht fehlen, wo jetzt „videlicet" auf etwas Hergebrachtes deutet. Der Ehemann soll nach der Zahlung einen Schuldschein über den Rest ausstellen. Damit wurde künftigen Streitigkeiten zweckmäßiger vorgebeugt, als durch promissio, obwohl auch deren Bedeutung bei dem früher allgemeinen Gebrauche der Hausbücher[61]) klar

---

58) l. 18. 19. D. de re jud. bieten Unterstützung.

59) l. 33. D. pr. de donat. l. 41 § 2 de re jud.

60) l. 23. § 1 D. de cond. indeb.

61) Darüber v. Keller in Sell Jahrb. f. d. histor. u. dogm. Bearb. des R. R. Bd. I; v. Savigny, Syst. Beil. XIV N. 9. Cicero pro Roscio com. c. 2, 3, 5, in Verrem II lib. 1, 36.

ist. Die Erkenntnisse novirten und wurden eingetragen. Hier stand der Eintragung des Beisatzes die Form der Bücher entgegen; die Eintragung der X wäre falsch gewesen. Die promissio einer Summe war also wünschenswerth, zumal bei Handelsleuten.

Die Wohlthat diente

1. Eltern und Patronen gegen Kinder und Freigelassene,
2. Ehegatten gegen einander,
3. dem Schwiegervater gegen den Schwiegersohn, welcher die versprochene dos begehrte,
4. dem Ehemanne, dessen Vater und Kindern gegen die Dotalklage,
5. Gesellschaftern gegen die Gesellschaftsklage,
6. dem Schenker gegen den Beschenkten,
7. Soldaten,
8. gewissen Schuldnern nach der kürzlich beendigten Gewalt des Vaters,[62])

zur Abwendung der Schuldhaft,[63]) später auch zur Milderung des Pfändungsrechtes.

Paulus schreibt l. 173 D. de R. J.:

> In condemnatione personarum, quae in id quod facere possunt damnantur, non totum, quod habent, extorquendum est, sed et ipsarum ratio habenda est, ne egeant.

Der Inhalt des „ne egeant," durch die Worte: „aliquid sufficiens ei relinquendum sit" [64]) umschrieben, wird durch den dehnbaren Begriff der Alimente[65]) nicht bestimmter bezeichnet.

Paulus will „alimenta" und „victus" im gleichen Sinne brauchen.[66]) Javolenus lehrt

> l. 6. Dig. de alimentis legatis:
> Legatis alimentis cibaria, et vestitus, et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest; cetera, quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur.

Und über victus reden in den Pandecten:

> Ulpian. l. 43. V. S.:
> Verbo victus continentur, quae esui, potuique, cultuique corporis, quaeque ad vivendum homini necessaria sunt. Vestem quoque victus habere vicem Labeo ait;

---

62) l. 2—5 D. quod cum eo. l. 49. D. de re judic.
63) Francke a. a. O. S. 418, Sintenis, S. 319, Puchta, Vorl. § 245.
64) l. 30. D. de re judic.
65) l. 6. de cessione bonorum:
nec enim fraudandus est alimentis quotidianis.
66) l. 23. de alimentis legatis.

Gajus l. 44:
et caetera, quibus tuendi curandive corporis nostri gratia utimur, ea appellatione significantur.

Ulpian. l. 45:
In strato omne vestimentum contineri, quod injiciatur, Labeo ait, neque enim dubium est, quin stragula vestis sit omne pallium — περίστρωμα. In victu ergo vestem accipiemus, non stragulam, in strato omnem stragulam vestem.

Demnach ist jener Inhalt auch kein allgemein gegebener, vielmehr für jeden Fall vom Richter festzustellen.[67])

Der Maßstab anderer Rechtsgebiete ist wegen des klaren Unterschiedes der leitenden Gedanken nicht bedeutungslos.

Dem erwarteten Erben[68]) wurde in Person seiner Mutter, dem bevormundeten[69]) aus eigenem Vermögen eine umfangreiche Pflege; bei legirten Alimenten[70]) entschied der Wille des Testators, welcher aus den Umständen zu entnehmen war; die Alimentationspflicht der Angehörigen[71]) bestimmte sich nach dem Verhältnisse, in welchem die Personen und dem Mittel zu einander standen.

Die Rechtswohlthat der Kompetenz gewährt dem Schuldner aus dem Vermögen seines Gläubigers Unterhalt. Das äußerste Bedürfniß ist, — wenn keine andere Alimentationspflicht vorliegt, — hier der rechte, auch in den angeführten Stellen angezeigte Maßstab.[72])

## § 5. Wohlthaten des obaeratus debitor.

Durch cessio bonorum vermied der redliche Schuldner Verhaftung, Infamie und rücksichtslose Beitreibung des künftigen Erwerbes, — von welchem ihm die Kompetenz verbleiben mußte — Seitens der bisherigen Gläubiger.[73])

67) Walther (Zeitschrift für Zivilr. u. Proz. Bd. 20 Nr. 8) nimmt überall, wo Beschränkung — auf die täglichen Nahrungsmittel an Essen und Trinken — nicht ausgedrückt sei, eine weitere Bedeutung der alimenta mit einem in neun Nummern aufgeführten Inhalt (S. 387) an; das richterliche Ermessen, auf welches er schließlich verweist, hätte demnach nur einen Spielraum innerhalb der einzelnen Rubriken (Speise, Bedienung, Begräbnißkosten 2c.). Unseren Fall und die l. 6 D. de bon. cess. berührt er nicht.

68) l. 1 § 2, § 19 (pro facultatibus defuncti et pro dignitate ejus atque mulieris) l. 4 § 1, 5 de ventre in poss. mittendo.

69) l. 2, 3 § 2, 3 ubi pupillus l. 6 § 5 de Carbon. ed. l. 2 Cod. de alimentis pupillo.

70) l. 7, 22. Dig. de alimentis et cib. legatis.

71) l. 5 Dig. l. 3 Cod. de alendis lib.

72) l. 173 R. J. Brunnemann ad l. 1 Cod., qui bonis ced.: ut ipsi nihil praeter vestes quotidianas, sub quibus et lectum comprehendunt, relinquatur.

73) v. Bethm.-Hollw. § 30, Puchta, Vorles § 243.

Auch diese ersparte in späterer Zeit des Kaisers erbetene Gnade, im Einverständniß mit der Majorität der Forderungen dem Schuldner, wenn er genügende Sicherheit, allenfalls nur eidliche, bestellte, indem sie für einen Zeitraum — meist ein quinquennium — den Exekutionen Einhalt that.[74])

## Cap. 4. Deutsches Recht.

Eigenmächtiger Angriff des Gläubigers auf Leib und Habe des Schuldners, neben einzelnen Verboten[75]) und Beschränkungen,[76]) bei redlichen, kundlichen Schulden freier gestellt,[77]) wurde im sechszehnten Jahrhunderte regelmäßig den Grundherren zur Beitreibung von Zinsrückständen zugestanden,[78]) auch in dieser Anwendung durch Landesrechte anerkannt,[79]) in einem weiteren Umfange später nur vereinzelt ausgeübt.[80])

Die Schuldknechtschaft der alten Volksrechte[81]) erscheint im Sachsenspiegel zu einer Ueberweisung von Diensten gemildert, welche durch persönliche Aufsicht des Gläubigers, schlimmsten Falls durch Fesseln gesichert, nutzbar aber ohne Zweifel nur bei treuer Erfüllung der Vorschrift wurde,

> den Mann zu halten gleich einem Gesinde mit Speise und mit Arbeit.[82])

---

74) Voët. comm. 43, 3 N. 14 sqq.; l. 2, 4 Cod. de prec. imp. off., l. 8 Cod. de bon. cess.

75) l. Bajuv. 12 c. 1 § 1 Pignorare nemini liceat nisi per jussionem judicis. Rechtsbuch von Glogau (1386) Cap. 486 in Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen (1860).

76) Petri except. (11 sec. Dauphiné) lib. 2 cap. 27 i. f. Quaecunque diximus, creditorem debere facere judicis auctoritate, eadem per semet ipsum concessa sunt sibi, deficiente judice, vel existente, et justitiam facere nolente. Sed hoc de solo pignore, quod judicis auctoritate capitur, intelligas, vel sine judice, cum non est, vel si est et facere justitiam non vult.
Rechtsbuch v. Mühlhausen 13. sec. e. rec. Förstemann S. 16. 32.

77) Deutsch. Pr. R. v. Gerber § 69, Phillips § 63, Landfrieden v. 1389 § 6 u. v. 1442 § 3 in Kraut Grdr. § 144.

78) Gerber a. a. O. N. 7. Zoepfl, Alterthümer des Deutschen Reichs und Rechts I, § 28. Gloganer Rechtsbuch Cap. 156.

79) in Preußen §§ 484 ff. Tit. 7 Th. II. Badische Pr. Ord. 938.

80) Landfrieden v. 1495 § 2. — Ueber den Landgebrauch von Rügen: Delbrück im J. M. Bl. 1849 S. 13. Im Gebiete des jütländischen Low (1531) ist wenigstens im 17. Jahrh. die Exekution durch „Nam" (Nehmen) der gerichtlichen Wandirung gewichen. v. Stemann: Schleswigs Recht u. Gerichtsverfassung im Auszuge bei Schletter Jahrbücher VI S. 286.

81) Grimm R. A. IV, 3 (Darlehn).

82) Schsp. III, 39. Lüb. R. (1586) I, 3, 1.

Des faulen Knechtes Tödtung[83]) ist selbst den ältesten Gesetzen unbekannt.

Habe oder Erbe, Gut oder Leib ergriff der Gläubiger nach Gefallen.[84]) Grade der Execution brachte zuerst das Römische Recht.

„Eine frühe Spur enthält das Hamburger Statut von 1270 (IX, 19): So we denen anderen schult gift, u. bekennet de andere der schult, u. but he eme erve to pande, dat erve darf he nicht nemen, he ne wille don, de andere ne ware dat up den hilligen, dat he noch pennige, noch kistenpant, noch vlütware gud ne hebbe, u. so schall he eme dat erwe geven."

Die Römerei[85]) wird kenntlicher im vierzehnten Jahrhundert. Der vermehrte Sachsenspiegel sagte III, 14, 1:

„Beclaget eyner schult zcu eyme, do her ome burgen adder pfant umbe seczt, do teylt man dy schult abezcunemen by firczen tagen. Tut er dez nicht, so schol er es ufbieten dry XIV tag. Dornoch sal her is ieme anbieten mit Wissenschaft zcweyger ingesessen manne in dem gerichte. Wel her is deme nicht loßen, so vorseczte her is vor sin gelt, ob er mag; kan her is nicht vorsecze, so mag her is vorkouffe, u. sal seinen eid dorczu thun, das her is nicht hoehir kunde ufbringen. Gilt es mer, daz gebe yeme wedder; gilt es mynner, so sal man ome wedder helfen. Kan her is aber weder vorsecczen noch vorkouffen, — so neme he frome lute dobỹ u. schacczen is denne by irem eyde, waz is wert sy, do behalde her is selber vor. So ab denne me gebricht, so sal her bewisen zu den heilegen, das her nirgen andirs gutis noch pfandis en habe, domethe her im vollen irstaten moge, so mag man im jenen vor das obirge gelt antworten bie der hant."

Das Glogauer Rechtsbuch[86]) Cap. 193:

„Wer eyn wergelt buse unde gewette nicht gilt uff den gelegis tag den sal der fronebote dor umme phendin unde dy phand czuuar

83) Die Annahme eines unbeschränkteren Tödtungsrechts für die alt-germanische Welt wird nicht bestätigt durch die einzige von Grimm a. a. O. gegebene Stelle aus dem norwegischen Guldingsgesetze:

erweist sich ein Schuldner muthwillig gegen seinen Gläubiger, und will er nicht für ihn arbeiten, so darf dieser ihn vor Gericht führen, und seinen Freunden entbieten, ihn von der Schuld zu lösen. Wollen ihn die Freunde nicht lösen, so habe der, welcher den Schuldner bei sich hat, Macht, von ihm zu hauen was er will, oben oder unten.

84) Sachsp. III, 39; I, 70.

85) Ausdruck des vermehrt. Sachs.sp. Eichhorn, Deutsch. R. u. R. Gesch. § 456 N. a.; §§ 281. 443.

86) Sollte nicht die Benutzung des vermehrten Sachsenspiegels, welcher ja zum Gebrauche für Städte mit Magdeburgischem Rechte zusammengestellt wurde, bei Abfassung des Glogauer Rechtsbuches, mit oder ohne Mittel der Zusätze zum Schlesischen Landrecht von 1356, erweislich sein?

seczczen ader vorkeuffin do vor. Ap man ijsan seijner habe nicht mag ausgephenden man frone seijn erbe dor vor, hat er nicht daz erbis man beczale on dor vor in des richters haucze.“

Spätere Stadtrechte enthalten ähnliche Bestimmungen.[87])

Heimischer Gewohnheit treuer ist das Lübische Recht in folgender, dem Sächs. Landrecht (III, 39) nachgebildeter Bestimmung:

„Wann unter Bürgern und Einwohnern umb gelehnet Geld und liquidirter Schuld geklaget und beweiset wird, soll dem Beklagten erstlichen vierzehn Tage, danach acht Tage zur Bezahlung Frist gegeben werden; bezahlt er alsdann nicht, so muß er bei Sonnenschein Bürgen stellen, oder selbst Bürge werden.“

P. III tit. 1 art. 1.

Die cessio bonorum kennt es, doch überläßt es dem Gläubiger die Wahl,

„ob er sich will an das Gut halten, oder aber auch die Person zu eigen annehmen.“

Es verbietet allerdings „Frauenspersonen den Creditoren an die Hand zu geben,“ indem es sie dagegen der Beschämung aussetzt,

„daß ihnen der Gläubiger zu allen Zeiten, wenn er sie betrifft, das oberste Kleid abnehmen mag.“[88])

Von den Rechtsgelehrten geweckt, entzog das Selbstbewußtsein der öffentlichen Gewalten allmählich dem Gläubiger die Vollstreckung des Personalarrestes in eigenem Gewahrsam.[89])

Eine Grenze zog dem Gläubiger das Verbot des obstagium.[90])

Fristen sind überall verschiedene angeordnet.

Andere als die angedeuteten Beschränkungen des Gläubigers sind nicht erkennbar.[91])

---

87) Bremer St. R. 1433 bei Kraut § 139 N. 48. Nürnberger Reformation v. 1564 bei Eichhorn Deutsch. R. u. R. G. § 456 N. 2. Lüb. R. v. 1586. P. V. tit. 6. art. 2.

88) Lib. I. tit. 3. art. 1.

89) Nürnberger Ref. a. a. O. Leyser med. 7 sp. 474; Mevius ad j. Lub. I, 3. 1 N. 33, 90.

90) R. Pol. O. 1577 Tit. 17 § 10. Dessenungeachtet hörte dasselbe nicht auf. Im Lande Hadeln z. B. wurde durch landesherrliche Verordnungen von 1636 und 1657 ein bestimmtes Verfahren dabei vorgeschrieben (v. Bülow und Hagem. II. S. 59). — Beispiele bei Gercken diplomat. veter. march. Brandb. I. S. 56, II. S. 195, 200.

91) Eichhorn a. a. O. § 456. — Die Spur der lex longob. Rotharis (643) in cap. 249: tunc debeat eum pignorare in his rebus, in quibus pignorare licitum est, entspringt vielleicht aus l. 15 Dig. de re judicata.

## Cap. 5. Kanonisches Recht.

Die Exekution der Justinianeischen Sammlung erschien dem Kanonischen Recht im Ganzen angemessen. Abweichende Grundsätze auszusprechen, fehlte überdies Gelegenheit, weil regelmäßig der weltliche Arm die Sprüche geistlicher Gerichte zu vollstrecken hatte.

Nichts Neues bringt:

l. 2 X de pignoribus (3, 21)

Lex habet, ut homo liber pro debito non teneatur, etsi res defuerint, quae possint pro debito addici.

Möglich, daß diese Stelle mißverständlich deutet auf l. 12 Cod. Just. de O. et A.

Ob aes alienum servire liberos creditoribus jura compelli non patiantur.[92])

Zuverlässig aber ist auch ohne dies „teneri," wie „servire," zu verstehen von einem Innehalten des Schuldners durch den Gläubiger.[93]) Das Verbot eines solchen einzuschärfen, lag in der germanischen Sitte Grund genug. Die öffentliche Haft ist unberührt. Die meisten Lehrer des kanonischen Rechtes sind dieser Meinung,[94]) indem sie streiten, ob Geistliche vom Schuldarreste ausgenommen seien.[95])

Nichts Neues bringt

l. 15. X de sent. et re jud. (2, 27):

Sed nec executionem ipsius sententiae, ideo convenit retardari, licet ad hoc agendum quadrimestre tempus regulariter sit statutum: quia id arctari potest nonnunquam a sedente in medio et etiam prorogari;

denn hierfür gaben mehrere von Justinian nicht weggelassene Pandectenstellen Anhalt.[96])

Schuldnern geistlichen Standes sind gegen ihre Gläubiger Rechtswohlthaten nicht verliehen.

Die mittelalterlichen Nebel des beneficium Odoardus haben der Klarheit Böhmer's[97]) weichen müssen.

---

92) Heffter, System des Röm. u. D. Civ. Pr. § 512 N. 27. — Vergl. Mevius ad j. L. I, 3, 1, 5.

93) Res enim natae sunt, ut teneantur, non et homines, sagt H. Grotius d. j. b. a. p. III, 20, 59, pignora und obsides vergleichend.

94) A. M. scheint Bayer, Vorträge, Exekution.

95) Böhmer J. E. P. III tit. 23 §§ 2, 20 sq.

96) Note 38.

97) a. a. O. §§ 20 sq. zu Cap. 3 X de solut. (3, 23).

Kein beneficium competentiae für Geistliche, keine Freiheit von persönlicher Verhaftung wird hier eingeführt; die gegen Odoardus bereits erkannte Excommunication soll aufgehoben werden,

recepta prius ab eo idonea cautione, ut si ad pinguiorem fortunam devenerit, debita praedicta persolvat.

Auch cap. pervenit 2 X de fidej. (3, 22) redet von keinem beneficium competentiae.

Ein Geistlicher hat als Bürge für Amtsbrüder zahlen müssen. Der vorgesetzte Bischof erhält den Auftrag, sie zur Erstattung aufzufordern, anderenfalls die Zahlung aus ihren geistlichen Einkünften zu vermitteln, oder diese dem Bürgen anzuweisen — donec ipsa damna resarciata fuerint et debita sine deminutione soluta.

In einer häuslichen Angelegenheit tritt hier die apostolische Gewalt mit schneller Hülfe ein; der Angriff auf die Amtseinkünfte ist nicht das Eigenthümliche des Falles.

Wenn Clemens VII cap. 2 in Septimo de dilationibus (2, 9) gerechten Zornes über böse Schuldner, von denen alii capitulum Odoardus, alii beneficium capituli „Pervenit" a sede Apostolica impetrantes, quae beneficia nullatenus expedire curant, die im Cap. 1 daselbst für das beneficium alternativum, cessionis videlicet bonorum aut dilationis quinquennalis gegebene Vorschrift ausdehnt:

quod quicunque aliquod dictorum beneficiorum, si capitulum Odoardus et capit. Pervenit a nobis seu sede Apost. hactenus impetraverint, aut in posterum impetrabunt, ex tunc, aut a die impetrationis respective, infra tres menses cum potestate prorogandi ad alium mensem juxta et secundum formam dicti prioris mandati, causam ipsam omnino expediri facere teneantur,

so ist ersichtlich, daß nach der Auffassung des Pabstes jene beiden Capitel nicht dasselbe beneficium enthielten, und keins von beiden das beneficium competentiae, — denn für dieses konnte von einem „causam expedire" nicht die Rede sein. —

Der ganze Titel de dilationibus zeigt Strenge gegen böse Schuldner, und Pius V. will in cap. 4 dolosi decoctores mit dem Tode strafen.

Wurden in besonderem Falle überschuldete Geistliche höheren Ranges begnadigt, wie cap. 32 X de V. S. meldet,

„ut fructus beneficiorum, quae interim in dioecesi tua vacare contigerint, tibi liceat biennium retinere,"

so ist hiermit der Gläubiger begünstigt, freilich zur Belastung der niederen Geistlichkeit, der die Verwaltung einer unbesetzten Stelle oblag.[98])

98) Dieselbe Unbill wäre es, wenn irgendwo in einem Staate das etatsmäßige Gehalt einer Stelle zu ersparen, diese von Beamten ohne Lohn versehen werden sollte.



## Cap. 6. Gemeines Recht.

Nachdem die Schüler von Bologna ihre den deutschen Landesherren willkommene Thätigkeit bereits gelegentlich geäußert, gelang es, der schwierigen Ausarbeitung eines gemeinen Exekutionsverfahrens für das Reich[99]) durch Hinweis auf die Römischen Gesetze zu entgehen.[100])

Diese wurden, weniger aus Achtung vor dem Reiche, als, weil die Bildung der gelehrten Richter auf sie beschränkt war, angewendet. Durch Unterweisung und Gerichtsgebrauch erhielt das fremde Recht im achtzehnten Jahrhundert folgende Gestalt:

### I. Exekution.

#### § 1. Fristen.

Des Richters in den Pandekten nicht gestrichene Befugniß, das tempus justum zu bestimmen, wurde auf Bewilligung von Nachsicht, wie Abschlagszahlungen erstreckt,[101]) auch zur Beseitigung des quadrimestre ausgebeutet,[102]) und dennoch fast aller Orten durch der Gerichte feste Uebung eingeschränkt, die acht, vierzehn Tage, oder eine sächsische Frist zur Regel machte.

#### § 2. Gegenstände.

Die Grade wurden streng gehalten, ein Fehlgriff hatte, in Ansehung des Pfandrechts anderer Gläubiger, Nichtigkeit zur Folge.[103])

---

99) Die Ansätze dazu stellt Sintenis, Zeitschr. f. Ziv. u. Prz. Bd. 11 S. 83, das schwerfällige Verfahren der C. G. O. v. 1555 Th. III § 48 jedes Lehrbuch dar.

100) Gemäß der C. G. O. v. 1495 soll „nach des Reichs gemeinen Rechten" gerichtet werden. Die C. G. O. v. 1613 Th. III. Tit. 44 gebietet, daß in allen und jeden Fällen, die nicht ausdrücklich in der C. G. O. versehen worden, das gemeine Recht statthaben, und vermöge dessen gehandelt und prozedirt werden solle.

Für die Exekution ist in den Wahlcapitulationen von Carl VII. und Joseph II. auf das Römische Recht ausdrücklich hingewiesen.

101) Mevius dec. 103 P. V. Leyser med. 4. sp. 12. med. 34. sp. 468.

102) Voët. a. a. O. N. 33. Brunnemann com. in l. 8 Cod. VII, 54. Mevius ad jus Lub. III, 1, 1 N. 44.

103) Lauterbach compend. c. notis varior. edit. Möllenbecc. (1717) lib. 20 tit. 1 Not. 6. Brunnemann l. 2. 5. VII, 53. Leyser med. 7 sp. 476. Nach Voët 42, 1 Not. 42 nur beim Widerspruch des Schuldners. v. Linde, Lehrb. § 372 N. 6 wendet, wie Mevius, den l. 15 § 10 D. in anderer Beziehung ausgesprochenen Satz an: ut quod iis (judicibus) facilius videatur ad rem exsequendam, hoc faciant.

Die Rücksichtslosigkeit, mit welcher das alte Recht des Schuldners Eigenthum ergriff, zu mildern, zwang man zur Dienstbarkeit auf diesem Felde herausgeschnittene Gesetze eines anderen Gebiets:

l. 6. Dig. de pignorib.
„Obligatione generali verum, quas quis habuit habiturusve sit, ea non continebuntur, quae verisimile est quenquam specialiter obligaturum non fuisse, utputa supellex; item vestis relinquenda est debitori etc.
l. 7. — vel quae in usum quotidianum habentur, Serviana non competit.“
l. 14. § 1. Dig. de re milit.
„arma alienasse grave crimen est.“

Nun blieb dem Schuldner Hausrath, Kleidung, Handwerkszeug, das Instrument dem Künstler, die der Rüstung gleichgestellte Büchersammlung dem Gelehrten. Streit ist allein, wiefern auch diese Dinge, beim Mangel anderer, der Pfändung unterlagen. Gegen die Vorschrift wird dies bisweilen bei Acker-Thieren und Geräthen angenommen, beim Solde aber — sogar der höheren Militärs — geleugnet.

Vermittelst eines Wortspiels: „milites togati“ gelangte man dahin, den Sold von Staatsbeamten und endlich von Privatbedienten freizulassen.[104])

## § 3. Schuldhaft.

Der Schuldthurm, regelmäßig zwar als letzte Hülfe anerkannt, blieb fast überall verschlossen. Zahlreich erfundene Befreiungen suchte man selbst auf Wechselklagen auszudehnen. Man schonte „schuldlos“ verarmte Bürger, und forderte sogar zuweilen vom Gläubiger den Nachweis des Verschuldens.[105])

Entgegenstehende Statute wurden weggedeutet.[106])

Den Bedürfnissen des großen Handelsstandes entsprach die strengere Ansicht der niederländischen Schule, welche auch Frauen, wenn sie Handel trieben, und mit den Männern dem Personalarreste unterwarf.[107])

Die Hanse-Städte suchten Schutz in dem Mandate vom 30. April 1620 wider die muthwilligen Falliten und Banquerottirer:

Zum Ersten, daß männiglichen wol zusehe, daß er mehr nicht borge, als er bezahlen kann, dann es soll dem creditori, auff sein Anhalten

---

104) Ueber alles dies: Lauterbach a. a. O. lib. 20 tit. 1. und die Noten aus Berger, Stryk, Menken, Brunnemann l. 4 Cod. VII. 53; Voët lib. 20 tit. 3 n. 2 und lib. 42 tit. 1 n. 43; Boehmer a. a. O. lib. III. 21 § 6; Leyser med. 5 sp. 57, med. 2. 3. 4. sp. 476; Mev. dec. 207. P. V. —
105) Lauterbach 48, 3; Mevius dec. 389. P. VIII; Leyser med. 7 sp. 474.
106) Mev. ad jus Lub. I, 3, 1 und III, 1, 1.
107) Voët. lib. 42, 1. n. 45, lib. 48, 3 n. 6.

förderlich unparteylich Recht mitgetheilet, und wo der debitor nicht bezahlen kann, und gleichwol der Schuld geständig, oder dieselbe sonst ausfündig gemacht soll wider den debitorem mit Gefängniß, und wie es dießfalls sonst an einem jeden Orte Recht und hergebracht, ohnnachlässig prozediret, und ihnen hie wieder in keiner Hänse-Stadt einig Geleit gegeben oder gehalten, sondern ein Schuldner an Enden und Orten, da er angetroffen, bis zum Gefängniß verfolget werden.

Für den verhafteten Schuldner hatte der Gläubiger die Alimente vorzuschießen.[108])

### § 4. Beneficium competentiae.

Das beneficium flebile der Kompetenz gestattete die Praxis gegen eidliche Kaution, daß man den Rest bezahlen werde,[109]) regelmäßig auch Geschwistern wegen l. 63 D. p. socio:

quum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat,

und Geistlichen, wobei der gute Wille sich mit dem caput Pervenit oder Odoardus tröstete,[110]) zuweilen Advokaten, Doctoren und Scholaren,[111]) in einigen Ländern (Sachsen, Braunschweig) allen Adligen.[112])

An einem Grunde für diese konnte es nicht fehlen; denn seit des Kaiser Heinrich I. Heerverfassung bezeichnete der Sprachgebrauch den Dienstmann als Ritter oder miles, und seit dem vierzehnten Jahrhundert Alle, die, zu Schild und Helm geboren, sich zu einem Stande vereinigten, als Wappengenossen — armigeri,[113]) während sie die Anrede „strenui milites" (gestrenge Herrn) in Anspruch nahmen und erhielten.[114])

Des Grundes Stärke war — die Stärke.

Wo, wie in Brandenburg, die Landesherren den Privilegien des Adels abhold waren, mochte die Erwägung gelten, daß jener Stand im vierzehnten Jahrhundert den Ministerialen in Hofdienste und besoldete

108) Nach Mevius Bericht (ad j. L. I, 3, 1 n. 73) mußte der Schuldner sich in Sachsen, Böhmen, Frankreich, England von den mit jämmerlichen Klagen erbetenen Gaben Vorübergehender ernähren.

109) Gutachten des Reichs-Kammer-Gerichtes von 1653 bei Emminghaus zu § 173 des J. R. A.

110) Böhmer IV, 21 § 6; Leyser med. 6. sp. 476; Brunnemann will Exekution in die reditus beneficiorum überhaupt nicht zulassen.

111) Dagegen schon die Stimmen in N. 84 zu Lauterbach 44, 7 auch v. Pufendorf obs. 51, III.

112) Leyser m. 34. sp. 664; v. Pufendorf obs. 63, I.

113) Eichhorn a. a. O. §§ 223, 242, 348, 341 Anmerkung.

114) Gercken cod. diplomaticus II. S. 531: Strenui militis Bertholdi de Wiltberg nostri fidelis (1333) und diplomataria I S. 244, 245 II. S. 132, 522, 686. Leyser med. 22 sp. 664.

Aemter folgte,[115]) daß demselben seit Carl IV. durch Verleihung[116]) neue Glieder beitraten, deren Wappen die älteren Geschlechter nicht wollten „beblasen" lassen,[117]) daß persönlicher Kriegsdienst gegen Ende des siebzehnten Jahrhunderts nicht mehr geleistet, und lediglich die dafür eingeräumte Steuerfreiheit fortgenossen wurde,[118]) daß endlich die Bezeichnung „armigeri"[119]) nicht mehr ausschließlich Adlige umfaßte.

Das beneficium, auf die Person des Schuldners beschränkt,[120]) ward, wo der Ritterstand es übte, begreiflich auf des Schuldners Kinder ausgedehnt.[121])

Von dem Maß des Abzuges sagt Voëtius (zu 41, 1 n. 46):

> plus nobili, minus rustico, plus seni, minus juveni relinqui oportere D.D. statuunt, cum juvenis facilius quam senex, sibi victum plerumque quaerat, et lautioribus nobiles, quam rustici, cibis vescantur, meliorque ac major illorum quam horum corporis cultus sit.

Der Grundsatz, daß der arme Gläubiger die Kompetenz nicht zu gewähren brauchte,[122]) ist durchaus nicht allgemein.

Dies Privilegium stellte den bescheidenen Handwerksmann mit leerem Magen an die Thüre seines Schuldners, der in goldenen Ketten[123]) an voller Tafel saß.

---

115) Eichhorn § 446.

116) Klüber dissert. de nobil. codicillari.

117) Friderici Lucae, Schlesiens curieuse Denkwürdigkeiten 1689 Th. II S. 1781 a. Ende. Vergl. Voët ad lib. 1 tit. 5 N. 4, Kursächsische Landtags-Ordn. v. 1728 § 31. 32 (cod. August. I pg. 41).

118) Eichhorn § 595.

119) Der Sprachgebrauch, welcher „armiger" mit „ritterbürtig" gleichstellt, ist seit dem 16. Jahrhundert, ausweislich der von Hagen (dissert. de armigeris. Erlangae 1836) beigebrachten Urkunden kein ausnahmsloser, doch nicht einmal seit dieser Zeit, wie Siebenkäs (Beiträge zum Deutsch. R. V, S. 81), geschweige seit dem 14. Jahrhundert, wie Hagen annimmt, durchgehend dahin verändert, daß nun Jeder, der ein Wappen führen durfte, „Wappengenosse" hieß, vielmehr auch seit jener Zeit in manchem Zeugniß (Kraut Grdr. §§ 55. 56. 61; Leyser med. 9 sp. 664; Estor kleine Schriften I S. 957), und durch Männer wie Runde, Phillips (D. Pr. R. § 384 resp. 182), vor Allen den an Urkunden und gelehrtem Wissen so reichen Pfeffinger bestätigt, der (1718) in einer vier Quartseiten füllenden Note zum Vitriarius (Th. II. S. 884. k.) über „armigeri" diese als nobiles betrachtet, ohne den andern Sprachgebrauch nur anzudeuten.

120) Puchta, Pand. § 244.

121) Leyser und v. Pufendorf a. a. O.

122) Lauterbach lib. 44 tit. 1 n. 48, v. Menken wegen l. 6 Cod. de servitutibus.

123) R. Pol. O. v. 1577 Tit. 11.

## II. Behandlung des Ueberschuldeten.

Spät zugelassen, ist die cessio bonorum[124]) in Deutschland nie recht eingebürgert. Sie gewährte dem Schuldner zu geringen Vortheil. Oeffentlichem Schimpfe[125]) entging er und der Verhaftung an den meisten Orten,[126]) nicht seinen Schulden. Vereidigt, daß er den Ueberrest mit allen Zinsen bezahlen werde, und sein Vermögen richtig angegeben, behielt er außer dem ruhigen Gewissen nur die Almosen seiner Gläubiger und die Hoffnung, daß, wenn er wieder Muth zur Arbeit fasse, von dem Verdienste die bisherigen Gläubiger ihm die Lebensnothdurft lassen müßten.

Dem tadellosen Schuldner, der die Wohlthat ausschließlich ansprechen durfte, boten sich weniger dornenvolle Wege, besonders, wo kaiserliche und landesfürstliche Gewalt, durch die Gesetze, welche den Beschluß der Gläubiger verlangen, sich nicht gebunden fühlte, und Moratorien[128]) auf die Betheuerung des Schuldners allein erließ.

Zwar bestimmte die Reichs-Polizei-Ordnung von 1577 Tit. 23, Kaufleute sollten mindestens

> glaubliche Urkund oder Schein fürbringen, daß sie aus unversehenen zugestandenen Unfällen ihren Leib oder Güter verdorben und ausgestanden seien,

widrigenfalls die ertheilten Moratorien für kraftlos zu erachten, wie wenig aber den Gläubigern damit geholfen war, zeigt das Reichsgutachten vom 22. Juni 1669[129]) in den Worten:

> „man thut sich mit Kaiserl. Majestät gnädigster Intention in puncto induciarum in tantum allergehorsamst vergleichen, daß sothanes beneficium nicht gantz und gar aufzuheben,"

und durch den Vorschlag,

> „kein Moratorium ohne Bericht der Obrigkeit des Schuldners zu erlassen."

Ueber Churfürsten, Herren und Städte konnte freilich kein Bericht erfordert werden, der Vorschlag blieb aber völlig unbeachtet.

---

124) Lauterbach a. a. O. lib. 42 tit. 3 n. 3. 16. 18; Brunnemann ad Cod. 7, 71; Leyser med. 12 spec. 474.

125) In Frankreich und Italien mußte der Schuldner die cessio in einem schimpflichen Acte verkünden, z. B. in Padua, ohne Hosen am Pranger sitzend.

126) Nach Lubischem Rechte (I, 3, 1) und in Sachsen nicht.

127) v. Pufendorf T. II obs. 22; Pütter, Beiträge zum Teutsch. Staats- und Fürsten-R. I. 225 ff.

128) vorige Note u. v. Pufendorf III obs. 52; Voët. ad pand. 42. 3 n. 2. 14. 15; Leyser spec. 12 u. 468 med. 34; v. Linde, Lehrbuch § 433.

129) Bei Emminghaus zum R. A. v. 1671.

Nur nach dem Namen Quinquenele, sogar auf zwanzig Jahre verliehen, beweisen diese aus dem „Füllhorn der Gnade" [130]) reichlich ausgeschütteten Anstandsbriefe,

„wegen des daraus dem Lande in Ansehung des Kredits und der Handlung zuwachsenden unerschwinglichen Schadens," [131])

wie gerade die des Mitleids bedürfen, in deren Recht ein Mitleid eingegriffen.

Den Gläubigern zur Hülfe gegen unberechenbare Moratorien, entwickelte die Praxis [132]) aus einer von Antoninus Pius herrührenden Bestimmung, daß die Gläubiger einer überschuldeten Erbschaft, welche anzutreten der Erbe zauderte, über einen theilweisen Erlaß nach Mehrheit der Forderungen zu beschließen haben,[133]) Erlaßverträge für jedes überschuldete Vermögen.

Diese Vergleiche in ihrer gegenwärtigen Gestaltung mißbilligen die Motive des Pr. Entwurfs zum Handelsrechte,[134]) als nicht erfolgreich, weil die Masse durch ausgedehnte Belastung auch des beweglichen Vermögens mit Hypotheken den persönlichen Gläubigern entgeht, und unter diesen die Bevorzugten dem Vorrecht freiwillig nicht entsagen; als ungerecht, sofern dies Opfer durch Beschluß der Mehrheit erzwungen wird;[135])

---

130) In Preußen entäußerte das junge Königthum sich dieser Begnadigungswillkür, indem es die Moratorien heilsam beschränkte, dieselben nur, wenn die Gläubiger nach Mehrzahl oder Größe der Forderungen einverstanden wären, zu bewilligen versprach, und die Entscheidung, ob die gesetzlichen Bedingungen vorhanden seien, endlich den Gerichten überließ. (Edict v. 19. December 1701 und die folgende Gesetzgebung in den Breslauer Ergänzungen zu Tit. 47.)

131) Beschwerde der Mecklenburgischen Ritterschaft und Landschaft von 1722 beim Reichshofrath. (Pütter a. a. O.)

132) Ueber die Allgemeinheit der Praxis ist Streit. Vergl. Heffter im Archiv f. Ziv. Pr. 10 S. 342. Spangenberg in der Gießener Ztschr. 6, S. 231; v. Linde § 439. Das Oberappellationsgericht Celle sprach sich am 26. Januar 1841 dagegen aus (G. S. S. 86).

133) l. 7. §§ 17, 19; l. 8. 10. Dig. de pactis; l. 23 quae in frd. crd. Seit Justinian das benef. inventarii allgemein gestattet, dient diese Bestimmung lediglich als Anhalt für jene Praxis. Mit Heffter und Spangenberg ist anzunehmen, daß sie dem Beneficialerben nicht zu Gute komme.

134) S. 459.

135) Die Ansicht über die Vereinigung der l. 58. Dig. mandati und l. 10 pr. de pactis, daß die privilegirten Gläubiger — qui hypothecas non habent, — sich dem Beschlusse unterwerfen müssen, ihr Vorrecht also nur rücksichtlich der herabgesetzten Summen behalten (v. Vangerow, Leitf. III § 583, Puchta Pand. § 297), ist in der Praxis nicht allgemein (Präj. des G. Hess. O. A. Gerichts N. 58, bei Emminghaus). Sie dürfte als eine allerdings ungerechte Ausnahme, auf die Vergleiche, für welche sie gegeben, zu beschränken sein.

schädlich, als böswillige Schuldner durch Vergleichsvorschläge das Konkursverfahren hinzuhalten suchen, um die Masse noch länger auszubeuten. Solche Verträge zum Nachtheil Dritter, von einigen Sonderrechten ausgeschlossen,[136]) fanden in andere, in Preußen und in dessen Entwurf für Deutschland unter dem Namen des Accords, trotz des erkannten rechtsgrundsätzlichen Verstoßes, Eingang.[137])

## Cap. 7. Englisches Recht.[138])

### § 1.

Eigenmächtige Pfändung zur Beitreibung von Grundrenten allgemein, dem Grundherrn gegen den säumigen Pächter, und wegen der vom Lehnsgericht (court-leet) erkannten Brüchen statthaft, muß zwar schonen

1. Gegenstände, die keinen bestimmten Werth haben, und an denen kein festes Eigenthum besteht, wie Hunde, Katzen, Kaninchen und alle Thiere ferae naturae,
2. Alles, was Jemand gerade im Gebrauche hat (die Axt, mit welcher er das Holz fällt, das Pferd, welches er reitet),
3. Sachen, die gerade Gegenstände des Verkehrs sind, wie das Pferd beim Beschlagen, oder im Wirthshause, das Korn auf dem Markte, das Tuch beim Schneider,[139])
4. Handwerkszeug und Handelsgeräth,
5. Sachen, welche nicht in demselben Zustande zurückgegeben werden können,
6. Gegenstände, welche als Pertinenzen des Gutes zu betrachten, mit Ausnahme der reifen Früchte auf dem Halme.

Dennoch reizt die Härte des Verfahrens zur Gegenwehr, und das geliebte Faustrecht ist mit bewunderungswürdigem Geschick gesichert:

Der Gläubiger treibt die Kuh im Umkreis dreier Meilen, wohin er will, und übergiebt sie nach fünf Tagen der Schätzung und dem Verkaufe. Der Eigner muß sie füttern, außer in besonderem Falle, und sich bekümmern, wo sie bleibt. Dem Zuge also folgend, während desselben befugt, das Pfand dem Treiber abzujagen, sofern die Pfändung

---

136) Lübisches Recht III, 1, 13. Hannover P. O. § 296.

137) unten.

138) Quellen! Blackstone, Handbuch des engl. Rechts, im Auszuge von Gifford, übersetzt von v. Colditz (Schleswig 1822). Rüttimann, der engl. Zivil-Proz. (Leipzig 1851).

139) Vergl. § 16. 17 Tit. 29 Prz. Ord. für Preußen.

ohne gerechte Ursache oder ordnungswidrig stattfand, wird er dieselbe nur so lange dulden, als er seine und der Seinigen Kräfte — denn Weib und Kinder, Eltern und Gesinde dürfen sein Eigenthum beschützen helfen — unzureichend findet. Im Zweifel wird der Kampf entscheiden.

§ 2.

Gerichtliche Beitreibung der Geldschuld durch den Sheriff, dem Ausfertigung des Erkenntnisses oder des Beschlusses eingehändigt wird, geschieht nach Wahl des Gläubigers auf fünf verschiedene Weisen:

1.

Der Haftbefehl (capias ad satisfaciendum) ist am Werkeltage, und ohne Erbrechung von Hausthüren, zu vollstrecken. Demselben unterliegen nicht

a) der Souverain, die Königl Familie und deren Hausbeamte;
b) die Mitglieder des diplomatischen Corps; deren Familien und Diener;
c) die peers und peeresses;
d) die Mitglieder des Unterhauses und geistlicher Versammlungen während der Sitzung, mit Einschluß freier Reisezeit;
e) Richter, Advokaten erster Klasse (serjeans) und Gerichtsbeamte, sowie Personen, die als Parteien oder für solche, als Zeugen oder Bürgen an einer gerichtlichen oder schiedsrichterlichen Verhandlung Theil zu nehmen haben, auch Geistliche bei Amtsverrichtungen, sämmtlich mit freiem Geleit;
f) Unterofficiere, Soldaten, Matrosen, nicht angestellte Officiere der Land- oder See-Macht wegen gewisser Schulden, die weniger als 30 Pfund betragen;
g) Schuldner, die ihr Vermögen abgetreten, und demgemäß ihrer Schulden entlastet worden, wegen der darin begriffenen Schulden, und Bankerotte mindestens noch vierzehn Tage nach der Stellung bei Gericht;
h) die Ehefrauen.

Regelmäßig sind die Schuldner durch die Personalhaft in großen Gefangenanstalten — die Londoner ist eine belebte Stadt — von jedem Angriff auf Land und Gut befreit, und dadurch, wenn schon die Gläubiger keine Alimentationspflicht haben, in keiner üblen Lage. Eine Ausnahme meldet Blackstone: Wer unter 300 Pfund verschuldet, kann durch Ueberlassung seiner Güter — von denen ihm Kleider, Betten, Werkzeug bis zum Belaufe von 10 Pfund verbleiben — an den Gläubiger, und eidliches Versprechen, dem Gesetze (33 Georg III, 5) zu

genügen, der Haft entgehen, sofern der Gläubiger nicht einen Alimentenvorschuß von 3 Sch. und 6 P. entrichtet. In diesem Falle ist auch des Schuldners Hab und Gut dem Angriffe des Gläubigers preisgegeben.

2.

Wird der Sheriff angewiesen, quod fieri faciat de bonis (writ fieri facias), so dürfen seine Diener in jedem Hause des Amtsbezirks nach Gegenständen (goods and chattels) suchen, welche der Schuldner bei Einleitung der Exekution besaß.

Freibleiben sollen nur die allernöthigsten Kleidungsstücke, doch rettet in denselben, weil die Durchsuchung der Person verboten ist, der Schuldner vor des Sheriffs Augen Geld und Kostbarkeiten.

Streit über Eigenthum der Pfänder wird entschieden, bevor dieselben aus der amtlichen Verwahrung zum Verkauf kommen.

3.

Selten ist der writ levari facias, vermöge dessen der Sheriff die beweglichen Güter des Beklagten, die Renten und Nutzungen seines Landes bis zur Befriedigung des Klägers an sich nimmt, hauptsächlich angewendet und in einer Abart, der Sequestration von Pfändern, welche durch den Bischof vermittelt wird.

4.

Der writ elegit weist die Habe des Beklagten und, wenn sie nicht ausreicht, die Hälfte seiner Freiländereien dem Kläger nach einer Schätzung zu. Sind Liegenschaften nicht vorhanden, so erhält der Kläger zur vollen Befriedigung noch ein capias ad satisfaciendum.

5.

In besonderen Fällen, namentlich in Handelssachen, kann mit Hülfe eines „extent“ oder „extendi facias“ die Vollstreckung gegen die Person und alle Güter des Beklagten zugleich gerichtet werden.

So bei einer Forderung des Königs. Sie ergreift das Land des Kronbeamten in des Käufers Händen, wenngleich die Schuld nach der Veräußerung entstanden ist.

§ 3.

Der berüchtigte schleppende Gang des court of commissioners of bankrupt[140]) ließ die Beschränkung des Konkurses auf Handelsleute — zu denen allerdings auch Schuhmacher und Schneider, sofern sie Materialien kaufen und für den Handel zubereiten, gerechnet werden[141]) — als keinen Uebelstand empfinden.

---

140) Vergl. Cooper über die Mißbräuche an diesem Gericht (London 1828) von Seite 1 ab.

141) vergl. Deutsches Handelsr. Art. 272 N. 1.

Moratorien sind so wenig statthaft, daß es zur Eröffnung des Konkurses führt,

„wenn Jemand durch eine Bittschrift an den König oder eine bei einem Königlichen Gerichtshofe eingereichte Vorstellung seine Gläubiger zu nöthigen sucht, oder es wünscht, daß sie weniger als ihre rechtmäßigen Forderungen annehmen, oder die ursprünglich bestimmte Zahlungszeit verlängern.“

Freiwillige Gutsabtretung hindert nicht den Konkurs, nur die Verhaftung. Der Schuldner muß seine ganze Habe übergeben, die unentbehrlichsten Kleidungsstücke für sich und seine Familie ausgenommen. Verschweigt er den Werth von 20 Pfund, so leidet er die Todesstrafe,[142]) giebt er redlich Alles an, stellen ihm darüber drei Fünftel seiner Gläubiger nach Zahl und Größe ihrer Forderungen ein Zeugniß aus, und wird dasselbe auf den Eid des Schuldners, daß er's ohne Betrug erhalten, vom Konkursgerichte angenommen, wobei sein früheres Benehmen noch zu prüfen ist, so hat er Anspruch auf eine Kompetenz, die von den Güterpflegern und Kommissarien bemessen, sich zwischen 3 und 10 Prozent bewegt. Den Maßstab bilden die Prozente, mit denen die Gläubiger zur Hebung kommen werden. Auch wird der Gantmann in diesem Falle von allen Schulden zur Zeit der Gutsabtretung freigesprochen. Doch verliert er diese Begünstigungen wieder, wenn er sich später unredlich zeigt, z. B. eine erdichtete Forderung zuläßt, ohne die Täuschung aufzudecken.

Wer, zum zweiten Male im Konkurse, nicht 75 Prozent der Forderungen deckt, kann zwar der Schuldhaft wiederum entgehen, von seinem späteren Erwerbe aber nur, was unentbehrlich ist an Kleidungsstücken, Hausrath und für seinen Handel, frei behalten. —

## Cap. 8. Rheinpreußisches Recht.

Nachdem der niedergetretene Jacques die Fessel gebrochen, welche ihn zum Sklaven anderer Stände machte, schien seinem wunden Gefühle jeder Besitzende sich gegen seine Freiheit zu verschwören, erinnerte ihn jeder Gläubiger an seinen grausamen Herrn, jeder Schuldner an die eignen Leiden. Als die blutigen Ströme des Greveplatzes, welche sich aus dem Gesetze „der Verdächtigen“ ergossen, kaum verronnen waren, konnte die Gesetzgebung der äußersten Schonung gegen den Schuldner sich nicht verschließen.

142) d. i. die Strafe der Felonie ohne die Wohlthat der Geistlichkeit. Blackstone II cap. 31; IV. cap. 28.



Die Gerichtsvollzieher sind an viele Förmlichkeiten, deren Verletzung Nichtigkeit zur Folge hat, deren Erfüllung aber die Kosten auf eine unverhältnißmäßige Höhe treibt,[143]) gebunden. Als Gegenstände der Vollstreckung werden Forderungen, Mobilien, Früchte auf dem Halme, Renten, Liegenschaften nach einander, und sodann die Schuldhaft aufgeführt.

Der Beschlagnahme entzogen sind:

a) an Pfändungsgegenständen [144])

1. das für die Gepfändeten und deren bei ihnen lebende Kinder nöthige Bettwerk; die Kleidungsstücke, mit welchen die Gepfändeten bekleidet und bedeckt sind, und in den meisten Fällen
2. die Bücher, welche sich auf das Gewerbe des Gepfändeten beziehen, bis zum Betrage von dreihundert Franken, nach dessen Wahl;
3. die Maschinen und Instrumente, welche zum Unterricht in Wissenschaften und Künsten, zur Praxis oder Ausübung derselben gehören, bis zum Betrage derselben Summe und nach Wahl des Gepfändeten;
4. die zur Ausrüstung der Militärpersonen nach der Dienstordnung gehörigen Sachen;
5. die Werkzeuge der Handwerker, welche zu deren persönlicher Beschäftigung erforderlich sind;
6. Mehl und gewöhnliche Lebensmittel, welche zur Nahrung des Gepfändeten und dessen Familie während eines Monats nothwendig sind;
7. eine Kuh, oder drei Schafe, oder zwei Ziegen, nach der Wahl des Gepfändeten, nebst dem Stroh, dem Futter und dem Getreide, welches zur Streu und zur Nahrung dieser Thiere auf einen Monat nothwendig ist.

b) Forderungen [145])

1. auf solche Sachen, welche der Pfändung nicht unterliegen,
2. auf gerichtlich zuerkannte Alimente,
3. welche ein Testator oder Schenker vom Arreste ausgenommen,
4. Gelder und Pensionen für Alimente,

143) Mittermaier, der gem. deutsche bürgerl. Proz. rc. Beitr. III, S. 185; Gebührentaxe für die Gerichtsvollzieher in der Rheinprovinz, 9. Juni 1833.

144) art. 592 f. c. d. p.

145) Art. 580 ff. Hierzu gekommen sind durch K. O. v. 28. Mai 1826 die Ausnahmen der Ah. §§ 160—164 und 166—170 zur Preuß. Pr. Ord.

5. Staats-Besoldungen und Pensionen zum Theil,
6. Besoldungen der Geistlichen ihrem ganzen Betrage nach.[146])

Der Sturm, der die Bastille in Trümmer legte, sprengte jedes Schuldgefängniß;[147]) doch eine kurze Erfahrung zeigte die Unentbehrlichkeit der Schuldhaft. Bereits im sechsten Jahre der Republik (1798) wurde sie wieder zugelassen, ziemlich in dem Umfange, wie Montesquieu dieselbe, dem attischen Rechte entsprechend, hatte beschränken wollen,

1. in Handelssachen — Wechselklagen eingeschlossen — durch Gesetz vom 15. Germinal (4. April).
2. gegen Ausländer durch Gesetz vom 4. Floreal (23. April),

im ersteren Falle wesentlich erleichtert durch die Vorschrift, daß der Schuldner sich durch Zahlung eines Drittels der Schuld und Stellung einer annehmbaren Bürgschaft befreien könne. Das Zivilgesetzbuch, von einer mächtigen Hand gezeichnet, konnte weiter gehen, dem Rechtsbewußtsein aber, in welchem die Stöße jenes Sturms noch Wellen trieben, keine plötzliche Ummwendung auferlegen. Das Gesetz für Handelssachen blieb in Kraft, die Schuldhaft wurde außerdem für einige Fälle angeordnet.[148]) Ob diese eingetreten, mußte der Prüfung des Urtheilsfassers unterliegen. Ausgenommen sind Minderjährige, fast immer das weibliche Geschlecht, und Greise, die über siebenzig Jahre zählen. Die Vollstreckung darf neben der Vermögensexekution geschehen, aber nicht an Sonn- und Festtagen, nicht vor Aufgang und nach Niedergang der Sonne, nicht in einem Hause, nicht in des Schuldners eigner Wohnung.[149]) Weniger erheblich sind andere, den englischen verwandte Hindernisse. Freilassung des Verhafteten erfolgt,

146) Consularbefehl. 18 Nivose XI (8. Januar 1803).

147) Die Konstitution vom 24. Juni 1793 sagte in § 18: Jeder kann über seine Dienste und seine Zeit frei verfügen; er selbst aber kann weder sich verkaufen, noch verkauft werden. Seine Person ist ein unveräußerliches Eigenthum.

Die Konstitution vom 23. September 1795 im Eingang N. 15: Jeder Mensch kann seine Zeit und seine Dienste verpflichten; aber er kann weder sich verkaufen, noch verkauft werden; seine Person ist kein veräußerliches Eigenthum.

In die Konstitution vom 13. December 1799 sind solche Bestimmungen nicht aufgenommen. Die Schuldhaft wurde damals als eine Verfügung über die Person für Geld, eine Schuld, welche Schuldhaft nach sich zog, als ein Verkaufen der Person betrachtet.

148) Art. 2059 ff.

149) Klein (Annalen Bd. 25 S. 251) macht bemerklich, der Schuldner könne sich reichlichen Unterhalt verdienen und einen Theil desselben am Sonntag außer seinem Hause verprassen.

a) bei Einwilligung des Gläubigers,
b) bei Zahlung der Schuld nebst Zinsen und Kosten,
c) bei Vermögensabtretung,
d) wenn die Alimente verbraucht sind,
e) wenn der Schuldner siebenzig Jahre alt geworden, und nicht wegen Stellionat verurtheilt ist.

Diesem Zustand [150]) kam in der Rheinprovinz die allgemeine Wechselfähigkeit zu Hülfe, auf dem rechten Ufer freilich erst, seitdem die allgemeine deutsche Wechselordnung die Person des Wechselschuldners, ohne die Unterscheidung des Gesetzes vom 17. April 1833, der Schuldhaft unterwarf. Die rheinischen Gesetze, welche das Verhältniß des Ueberschuldeten zu seinen Gläubigern betreffen, können unbesprochen bleiben, weil dieselben der altländischen Konkursordnung zum Grunde liegen, und einzelne Abweichungen bei deren Behandlung sich ergeben.

## Cap. 9. Altländisch Preußisches Recht der Gegenwart und Zukunft.

Der Gerichtsordnung in Preußen — nach der Willkür des gemeinen Rechtes eine Wohlthat — wurde noch Unbestimmtheit und allzugroße Begünstigung des Schuldners vorgeworfen.[151]) Die neueren Gesetze sind der Hebung des öffentlichen Vertrauens zugewendet.[152]) Völlig verloren ist die andere Richtung, seitdem in Deutschland die Wechselfähigkeit mit Wechselhaft zur Regel, und als solche, nach erneuter Prüfung,[153]) festgehalten wurde. Diese Thatsachen werden auch deren Gegner bei Beurtheilung der Preußischen Exekution in's Auge fassen müssen. — Die zu erwartenden Gesetze können deutschem Wesen nicht verschlossen werden, doch sollen sie nicht abgestorbene deutsche Sitten in die Hallen des lebendigen Rechts heraufbeschwören, sondern dem heutigen Rechtsbewußtsein Geltung schaffen. Dessen Ermittelung sichert die ver-

---

150) Das Ges. v. 17. April 1832 hat denselben für Frankreich nicht vereinfacht; es enthält in 32 Artikeln Vorschriften über die Haft in Handelssachen, und den übrigen Zivilsachen, geschärfte gegen Ausländer. Schonung des Schuldners herrscht darin noch vor. In der Preuß. Rheinprovinz ist derselbe durch Art. 50 des Einführungsgesetzes zum Handelsgesetzbuche im Wesentlichen nicht geändert, nur den Bestimmungen des deutschen Handelsrechtes angepaßt.

151) Mittermaier a. a. O. S. 161.

152) Heffter, Pr. Ziv. Pr. § 277. Ges. v. 4. Juli 1822, Ver. v. 34. Ges. v. 20. März 1854, 8. Mai 1855. Der Entwurf zur Preuß. Pr. Ord. von Koch (Berlin 1848) schließt sich in der Exekution dem rheinischen Rechte an-

153) von der Konferenz zu Nürnberg. vgl. Straß bei Siebenhaar IX S. 217 f.

fassungsmäßige Vertretung, sie aber empfängt es von der Wissenschaft, und diese betrachtet den Gedanken, nicht die Kokarde seines Schöpfers.[154])

§ 1. **Dem Könige allein steht die vollziehende Gewalt zu.**[155])

Diesen Grundsatz, den Joachim Nestor mit eisernem Griffel in unser Staatsrecht eintrug, offen zu bestreiten, wagt keine Partei in Preußen. Man konnte nur die Durchführung im Einzelnen erschweren. Diesem Grundsatze entspricht das Landrecht, indem es der Besitzstörung und der Selbsthülfe streng entgegentritt, auch die Prozeßordnung mit dem Verbote:

§ 1 Tit. 24. „Niemand ist befugt, sich selbst Recht zu verschaffen."

Nicht entgegen ist die althergebrachte Exekution der Magistrate wegen städtischer Gefälle.[156]) Die Stadtgemeinden, juristische Personen, sind in Benutzung ihrer eigenen Glieder nur insoweit einzuschränken, als dem Staate erwünscht ist, diese Hauptorgane seines Lebens in dauerhaftem Wohlstande zu erhalten. Eine Nöthigung der eigenen Glieder zur Pflichterfüllung ist jene Exekution, kein Faustrecht gegen Dritte; der Staat vergab sich also nichts, indem er sie den Städten ließ, ersparte selbst dabei, und fand durch Vorbehalt des Rechtsweges, Wahlrecht, geregelte Verwaltung, den Einzelnen vor Willkür seiner Obrigkeit gesichert.

Aehnlich bei landschaftlichen Kreditsystemen, welchen die Beitreibung rückständiger Pfandbriefzinsen zusteht.

Eine abweichende Bestimmung wurde von deutscher, auf der Oberherrlichkeit beruhender Gewohnheit in den Abschnitt des Landrechts „von den Zinsen und Abgaben der Unterthanen" mit den Worten eingeführt:

> „Unstreitige Zinsen kann die Herrschaft, auch wenn sie selbst die Gerichtsbarkeit nicht hat, durch die Dorfgerichte des Ortes unmittelbar beitreiben lassen."[157])

---

154) Jedes Buhlen mit dem Fremden ist dadurch gleichfalls ausgeschlossen. Wenn Grattenauer im Jahre 1807 zu Breslau schrieb (cf. bei Matthis M. S. B. V, 227): „Der code Napoléon wird in kurzer Zeit das im kultivirtesten Theile des festen Landes von Europa allein gültige Gesetzbuch sein, auch sind seine verhältnißmäßigen Vollkommenheiten vor allen anderen Gesetzbüchern anerkannt, und unleugbar. Schon diese Betrachtung macht es der Gesetzpolitik jedes kleineren, politisch subordinirten 2c. Staats zur Pflicht, sich dessen Bestimmungen möglichst anzunähern, und sie ebenfalls zu sanktioniren;" so verdiente er dafür — den Orden der Ehrenlegion!

155) Staatsgrdges. Art. 45.

156) §§ 130. 131. Tit. 8 Th. II. A. L. R. Städteord. v. 30. Mai 1853 u. v. 19. März 1856 § 68. Gewerbe-Ord. 17. Jan. 1845 § 114.

157) §§ 484 ff. Tit. 7 Th. II und v. Rönne Ergänz. dazu.

Diese Vorschrift ist nicht aufgehoben durch das Edikt vom 9. Oktober 1807, wohl aber seitdem die Absicht[158]) der Regierung,

„diejenigen Verhältnisse zu lösen, welche als Rest einer vergangenen Zeit den dem sogenannten Bauernstande angehörigen Personen und Grundstücken den Gutsherrn und ihrem Grundbesitze gegenüber eine Abhängigkeit und Gebundenheit auferlegen,"

in dem Staatsgrundgesetze

Art. 4: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich,"

Art. 42: Aufgehoben ohne Entschädigung sind:

1) die Gutsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, sowie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien;
2) die aus diesen Befugnissen, aus der Schutzherrlichkeit, der früheren Erbunterthänigkeit, der früheren Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen,"

und in dem Gesetze vom 2. März 1850 den Ausdruck fand:

§ 2. „Ohne Entschädigung werden ꝛc. aufgehoben:

2) das Ober-Eigenthum des Guts oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigenthumsrecht des Erbverpächters." [159])

Die Hülfsvollstreckung ist seit Jahrhunderten — Administrativ-Exekution ausgenommen [160]) — in den Händen der Gerichte. Man ist berechtigt, dringende Gründe zu erwarten, wenn dieser Zustand, wie begehrt, geändert werden soll. Unzutreffend, zum Theil im Widerspruche mit einander sind die Gründe Mittermaier's,[161]) „wenn nur das Gericht über die Anwendung jedes Exekutionsmittels entscheide, so werde schriftlich auf die von Anwalten zu verfassenden Gesuche mit aller Förmlichkeit, dennoch aber bei Ueberladung mit Geschäften mechanisch, ohne Umsicht und ohne Interesse verfügt, und weil es nicht auf strenge Subsumtion der Thatsachen unter Gesetze ankomme, der Individualität des Richters der traurigste Einfluß verstattet."

In Preußen sind die Exekutionsgesuche an keine Form gebunden, die Verfügungen einfach,[162]) die Richter aber durch Rechtskenntniß und Ehrenhaftigkeit zumeist befähigt, die Zweifel, welche im Gesetze liegen,

---

158) Motive zum Gesetz v. 2. März 1850 bei Lette und v. Rönne, Landeskulturgesetzgebung II 1. S. 207.

159) Das Gesetz vom 14. April 1856, welches die gutsherrliche Polizeigewalt wiederherstellte, hat hierin nichts ändern können.

160) Deren Fälle bei Sydow, die Zulässigkeit des Rechtsweges (1860) S. 26 ff.

161) a. a. O. S. 183.

162) Die Exekutions-Kommission des K. Stadtgerichts in Berlin verfügt: „№ 5" „№. 9" ꝛc., um die Nummern des auszufüllenden Formulars zu bezeichnen.

unparteiisch zu entscheiden, und, wo dasselbe eine Lücke hätte, die Grenze zwischen Gläubiger und Schuldner aufzufinden.

Der Angriff Mittermaier's scheint überdies nicht schlimm gemeint, denn gleichfalls tadelt er, daß das französische Verfahren in seiner Trennung der Verwaltung und Justiz die Exekution an niedere Beamte übergebe, welche, gedungen von Parteien, über diese auch durch Studium nicht erhoben, der Bestechung offen, in ihrer Willkür allein durch viele Formalitäten und durch Drohung der Nichtigkeit zu zügeln, sowie der Niederschreibung der streitigen Punkte nicht gewachsen seien;[163]) er will dem Gerichte die erste Einleitung der Exekution, die Ausführung einem Gerichtskommissarius, der fähig wäre, Streitigkeiten zwischen den Parteien zu vermitteln, und bis zur Gerichtsentscheidung zu verhandeln, übertragen wissen, und empfiehlt als solchen Beamten, den Friedensrichter, und in Ermangelung dessen den — Einzelrichter.[164])

Mit Vergnügen heißen wir den Gegner innerhalb des vorher bekämpften Lagers, als Freund, willkommen. —

Besondere Pfändungsämter, welche Delbrück[165]) vorschlägt, werden, wenn die Mängel des französischen Verfahrens vermieden werden sollen, auch bei einfacheren Exekutionsgesetzen, nicht ohne Rechtsverständige bestehen können. Dann aber spricht nur eine wissenschaftliche Unterscheidung und der Wunsch, den Richter von einer widerwärtigen Arbeit zu befreien, dafür, die Hülfsvollstreckung von einer Stelle wegzulegen, an welcher Rechtsverständniß und Unparteilichkeit zu Hause sind.

Den Ortsobrigkeiten, wo diese nicht vom Staate ausgehen, die Exekution zu übertragen,[166]) erscheint nicht billig, auch nicht angemessen, weil die Gemeinde den verarmten Schuldner nebst Weib und Kindern unterstützen muß. —

### § 2. Zahlungsfristen.

Die richterliche Fristbestimmung, durch die Worte des § 2 Tit. 24 P. O.:

> Das Exekutionsgesuch findet Statt, sobald das Urtheil seine Rechtskraft erhalten hat. Ist jedoch in selbigem eine Frist bestimmt, innerhalb welcher

163) S. 185—189.
164) S. 191.
165) Justiz-Minist.-Bl. 1849 S. 13. Koch, Entw. einer Pr. O. (1848) wünscht Gerichtsvollzieher, doch soll richterliche Entscheidung selbst darüber, welchen Gegenstand von mehreren der Gläubiger zu wählen habe, durch Widerspruch des Verklagten herbeigeführt werden.
166) So — nach Mittermaier — in Würtemberg, zufolge Organis. Ed. v. 31. Decbr. 1818, § 187.

der Gegentheil dem Erkenntnisse genügen solle, so muß der Ablauf dieser Frist ꝛc. abgewartet werden,

und die Ausnahme des § 24 Tit. 47 ausgeschlossen, gegen Versuche, sie dennoch zuzulassen,[167]) aus der neueren Praxis ganz verdrängt,[168]) wird bei der klaren Einsicht, daß der Richter die bestehende Verpflichtung des Schuldners auszusprechen, nicht zu ändern habe,[169]) Aufnahme in das Deutsche Recht[170]) nicht finden.

In entgegengesetzter Richtung dürften einige Erwägungen sich geltend machen.[171])

1.

Die Ruine[172]) des Spezialindultes, welche nach Beseitigung des Tit. 47, hauptsächlich wegen ihres Alters[173]) stehen geblieben, auf Kosten des reinen Rechtes ferner zu unterhalten, oder dem Schuldner zur besseren Zuflucht auszubauen, ist nicht wünschenswerth.[174])

Dem Verfasser ist bei jahrelanger Praxis, insbesondere auch in Bagatell-Prozessen, seit Geltung der §§ 421 ff. K. O. ein einziger Stundungs-Antrag vorgekommen, und dieser wurde zurückgewiesen. Vielbetreten ist dagegen der Weg, im Bagatell-Prozesse durch Widerspruchserhebung vermittelst richterlicher Sühne vom Gläubiger Zahlungsfristen zu erhalten.[175])

---

167) v. Rönne, Ergänzungen zu § 36 Tit. 13 P. O.

168) Durch den Gegensatz allein erklärlich ist die Sitte einiger Gerichte, den Inhalt des § 2 im Tenor durch die Worte: „sofort z. V. d. E." bekannt zu machen.

169) Bereits Böhmer J. P. E. III 23 § 25 sagt — unerachtet seines staatsrechtlichen Satzes: Princeps pacta subditorum etiam temperare potest: — interim si ad misericordiam cui leges non sunt scriptae flecti nequeunt, sententia secundum pacta conventa omnino ferenda est.

170) Die Badische Pr. O. v. 1851 § 338 scheint dem richterlichen Ermessen die Fristbestimmung zu überlassen.

171) Es giebt Leute, welche grundsätzlich nicht ohne Prozeß bezahlen, weil — abgesehen von möglicher Verdunkelung des Rechtes — das fremde Geld in ihrem Geschäfte mehr erwirbt, als Zinsen zu 5% und die Kosten des Prozesses.

172) §§ 430, 431 K. O.

173) Komm. Bericht der II. K. zu Tit. 6, K. O. S. 159.

174) Den treffenden nicht widerlegten Gründen der Minorität jener Komm. für gänzliche Abschaffung tritt Koch zu § 421 K. O. N. i, woselbst der Bericht gedruckt ist, bei. Die Motive zum Preuß. Entw. des Handelsges. v. 1857 Art. 1021 sprechen sich gegen alle Moratorien aus, indem sie auf Oesterreich, und K. Sachsen, wo sie bestehen, weisen.

175) Nicht hierher gehört die ernste Frage, ob jener Weg, für welchen der Schuldner keinen Ersatz fände, wenn der Gläubiger nicht zum Schiedsmann gehen müßte, durch Advokatenzwang, der mehrfach vorgeschlagen worden, zu verlegen sei — im Gegensatze zur bisherigen Absicht, im Bagatell-Prozesse Vertreter der Parteien auszuschließen.

2.

Zwischen der richterlichen Zahlungsstundung auf der einen, und dem gesetzlichen Zwange zur Annahme von Abschlagszahlungen [176]) auf der andern Seite steht die Pflicht des Gläubigers, sich mit Terminalzahlungen zu begnügen, welche gesetzlich als eine Bedingung des Vertrages voraus bestimmt ist:

a) bei Korporationen und Gemeinden, [177])
b) bei antichretischer Pfandverwaltung,
c) bei Künstlern und Professionisten,

„welche schon bei Eingehung der Schuld jenem Stande angehörten.“ [178])

Die letzte Vorschrift scheint nicht haltbar. [179])

## § 3. Verzögerungen der Vollstreckung.

1.

Die Ankündigung der Hülfsvollstreckung, welche den Schuldner an Wegschaffung der abpfändbaren Gegenstände wiederholt erinnerte, ist, außer bei Subhastationen, bei welchen eine neue gesetzliche Regelung in Aussicht steht, im Wechselprozesse noch insoweit vorgeschrieben, als der Gläubiger die Personalexekution vor oder neben der Mobiliarexekution beantragt, weil „das kürzere und besondere Verfahren“ dies verlangte; [180]) doch ist die Vorschrift des § 45 Tit. 27, der Exekutor solle sich während dreier Tage der Person des Wechselschuldners versichern, ohne dessen Verhaftung oder Einlegung des Exekutors, unausführbar. Die Wirkung einer Ausnahme durch eine andere aufzuheben, ist ein Umweg.

---

176) A. W. O. Art. 22. 38.

177) § 98 Tit. 6 Th. II. § 141 Tit. 20 Th. I A. L. R.

178) §§ 95, 96 Tit. 24 Proz. O. § 14. Ver. v. 4. M. 34. Nur bei Verträgen kann von einer Eingehung der Schuld die Rede sein. Nach § 159 Anh. wird die ertheilte Wohlthat aufgehoben, wenn der Schuldner sich derselben unwerth macht. Die Begünstigungen der §§ 155. 156 Anh. sind nach § 157 bei Schulden aus unerlaubten Handlungen versagt.

179) Die Ausführung unten in § 5, 1.

180) Ges. v. 20. März 1854 § 15. Die Regierung wollte die Ankündigung in Wechselsachen überhaupt beibehalten, und hatte deshalb im Entwurfe §§ 45, 47—51 Tit. 27 angeführt; auf den Bericht der zweiten Kammerkommission wurde die Hinweisung auf § 47—51 gestrichen, damit die Exekution in das Vermögen von der allgemeinen Aufhebung der Ankündigung betroffen werde. In der Bad. Pr. O. § 914 ist die Ankündigung ausgeschlossen, in der Hannoverschen § 265 ist sie vorgeschrieben.

An Einfachheit gewönne das Gesetz durch Streichung beider. Man brauchte also, wenn ohne Ankündigung die Wechselexekution zu schleunig schiene, den Antrag nicht ausnahmsweise bei Verkündigung des Urtheils zuzulassen.

2.

Dem aufmerksamen Gläubiger nicht nachtheilig, dem Staate aber nützlich ist die Bestimmung:[181])

„An Sonn- und Festtagen darf keine Exekution vollstreckt werden. Ebensowenig während der Saat- und Erntezeit gegen Personen, welche sich mit Landwirthschaft beschäftigen, ausgenommen in Wechsel-, Alimenten-, und solchen Sachen, bei denen Gefahr im Verzuge obwaltet; desgleichen in allen Fällen, in welchen der verabredete Zahlungstermin in diese Zeit fällt rc.

Hat die Exekution schon vor dem Eintritt der Saat- oder Erntezeit angefangen, so wird der Fortgang derselben nicht gehemmt." —

3.

Die Exekution soll in der Regel nur innerhalb eines Jahres seit Vollstreckbarkeit des Mandates, der Entscheidung, des Vergleichs, oder seit dem bewilligten Zahlungstermine zugelassen, und ein späterer Antrag mit dem Nachweise begründet werden, daß ein früherer nichts gefruchtet haben würde.[182]) War die Exekution rechtzeitig nachgesucht, doch Mangels eines Gegenstandes, oder, weil der Schuldner sich verbarg, vergeblich, so läuft ein neues Jahr vom Zeitpunkt, da das Hinderniß gehoben wurde. Vom Gläubiger kann in diesem Falle ein Nachweis nicht gefordert werden. Deutlich sagt das Gesetz:

„Ist rc. die Exekution rc. vergeblich gewesen, oder kann der Gläubiger nachweisen rc.,

und entspricht damit der Regel, daß Veränderungen nicht vermuthet werden. Der Schuldner muß beweisen, daß seit Hebung des Hindernisses ein Jahr verstrichen sei.

Die angeführte Zeitbeschränkung scheint begründet. Der Schuldner hat die bereite Summe nicht aufbewahrt. Soll er dieselbe wieder flüssig machen, so bedarf es nach der langen Säumniß einer neuen Mahnung.

Um Einwendungen, welche im Laufe der Zeit entstanden wären, freieren Raum zu lassen, geschieht dieselbe mittelst einer neuen Klage. Mandatsprozeß[183]) findet statt

---

181) Ver. 4. März 34 § 4. Zusammenstellung der für einzelne Provinzen durch die Obergerichte festgesetzten Saat- und Erntezeiten bei v. Rönne Ergänz. u. Strey, Exekutions Ord.

182) §§ 3. 4 Tit. 24 Pr. O. § 148 Anh. Ver. 1. Juni 33 § 2, 21. Juli 46 § 28.

183) Ver. 1. Juni 33 § 1 N. 3.



aus einem die Exekution nicht mehr zulassenden Erkenntnisse, seit dessen Rechtskraft noch nicht fünf Jahre verflossen sind.

Daß durch diese Vorschrift die Exekution nach jenem fünfjährigen Zeitraum abgeschnitten werde, läßt sich nicht behaupten, gewichtige Autoritäten[184]) aber mißbilligen die Vollstreckung eines fünf Jahre alten Urtheils wegen § 14 Tit. 28 Pr. O.:

„Ist das Judikatum schon vor länger als 5 Jahren ergangen, so findet daraus nicht der exekutivische, sondern nur der ordinäre Prozeß statt."

und § 195 Ahg.:

„Die fünfjährige Frist läuft vom Tage des Judikats, wenn auch inzwischen Exekution nachgesucht worden ist,"

doch diese Stellen haben die Gesetzeskraft verloren, und scheinen auch zur Erläuterung nicht mehr verwendbar, seit die Verordnung eine neue fünfjährige Frist mit einem anderen Anfangspunkt geschaffen.

Eine Folge jener Mißbilligung wäre beispielsweise, daß wegen der fünf Jahre nach dem Urtheil fälligen Alimente eine Exekution überhaupt nicht zugelassen werden könnte.

### § 4. Beschleunigung der Vollstreckung.

Vorläufige Vollstreckbarkeit ist bei Entscheidungen der Handels- und Gewerbegerichte, wie in Alimenten-, Wechsel-, Mandats-Prozessen und in solchen Sachen, in denen früher Exekutiv-Prozeß stattfand, auch allgemein zum Schutze gegen unersetzlich und wichtig befundenen Schaden zugelassen.[185])

Die Ausnahmsfälle zu vermehren, oder, gegen die hergebrachten Regeln, mit der Pfändung das Verfahren anzufangen,[186]) scheint der öffentlichen Sicherheit zuwider. Böswilliger Verschleppung wird genügend vorgebeugt, wenn noch

---

184) Ober. Trib. Verf. 1. Februar 1858. Strieth. Arch. 3. S. 1. J. M. Ref. 4. Nov. 40 (M. Bl. S. 368), dagegen das Kammergericht und zuletzt Geyert Pr. Ger. Z. 1859 Nr. 39.

185) Hier ist allein von Geldschulden die Rede. Vergl. Zusammenst. bei Koch u. Heffter Pr. Ziv. Pr. § 293 resp. 275.

186) Dies schlägt z. B. Delbrück a. a. O. vor. Ausnahmen sind bereits vorhanden: § 89 Tit. 24 P. O. Dep. Ord. II, 852; § 23 Tit. 1 Th. III Pr. O. u. v. Rönne Ergänzungen dazu; § 16 Tit. 39 P. O. §§ 486, 669 Tit. 18 Th. II A. L. R.; § 119 Tit. 12 Th. II A. L. R.; § 161 Konk. Ord. Doch scheinen auch diese bei dem gegenwärtigen Prozeß nicht mehr geboten, besondere Schnelligkeit ist durch Ausdehnung der bedingten Mandate zu erreichen.

a) die zweckmäßige Vorschrift des § 28 Ges. v. 3. April 1847:

„Hat der Verklagte einen Theil der Forderung anerkannt, so ist hierüber sofort die Agnitions-Resolution abzufassen, und der Prozeß nur wegen des bestrittenen Theils fortzusetzen"

zur allgemeinen Regel würde,

b) in Handelssachen überdies Art. 1030 des Preuß. Entwurfs zum Handelsrechte Geltung fände:

„In anderen Fällen kann das Handelsgericht das Erkenntniß, und bei besonderer Dringlichkeit der Sache, selbst ein Kontumazial-Erkenntniß, vorläufig vollstreckbar erklären; es kann diese Bestimmung davon abhängig machen, daß der Kläger Sicherheit bestellt.[187]) Auch ein Zahlungsbefehl kann für den Fall, daß er die Kraft eines Kontumazial-Erkenntnisses erlangt, vorläufig vollstreckbar erklärt werden. Die Bestimmungen hierüber müssen in dem Erkenntnisse oder Zahlungsbefehle selbst festgesetzt werden.

Insoweit nach der Gerichtsverfassung in den einzelnen Landestheilen eine gerichtliche Hinterlegung zulässig ist, kann der Verklagte durch die Hinterlegung der schuldigen Summe die vorläufige Vollstreckung des Erkenntnisses abwenden.

Eine Steigerung des Appellationswerthes ist nicht räthlich, so lange die Absicht des Gesetzes zur Verbesserung der unteren Gerichte an den bekannten Mängeln juristischer Vorbildung[189]) scheitert, oder gewichtige Gründe diese Verbesserung selbst in Frage stellen.[190])

## § 5. Gegenstände.

Das gesammte Vermögen des Schuldners haftet regelmäßig, und seitdem die Grade aufgehoben sind, nach Wahl des Gläubigers — wenn derselbe nicht auf ein angenommenes Pfand verwiesen werden kann — in Höhe seiner Forderung.

Doch finden Begünstigungen des Schuldners statt:

### a. Im Allgemeinen.

Das Gesetz verbietet, den Schuldner, dessen Weib und Kinder derjenigen Betten und Bekleidung zu berauben, welche ihnen gewöhnlich, oder wegen gerade eingetretener Niederlage unentbehrlich sind.[191])

---

187). Bei einem Genossengerichte ungefährlich.

188) Die Frage über den Suspensiveffect der Rechtsmittel ist bei diesen zu behandeln; vergl. Waldeck, die Nichtigkeitsbeschwerde (1861) § 28.

189) Hälschner, das juristische Studium in Preußen (Bonn 1859), Pape, aphoristische Bemerkungen über Einzelrichter, juristische Prüfungen rc. (1859).

190) Hälschner a. a. O.

191) § 71 Tit. 24 P. O. A. G. O. 13. Decemb. 1836 (G. S. 1837 S. 1) Ver. 13. October 1843 (G. S. S. 336). Nur diese Beschränkung und das Verbot,

Diese Begünstigung in unserm Klima abzuschaffen, wird Niemand wünschen, der dem Gläubiger das Recht bestreitet, seinen Schuldner zu martern, und die Pflicht des Staates achtet, den Seinigen die öffentliche Schicklichkeit zu sichern. Der Exekutor aber wird hier besonders die empfohlene Vorsicht üben müssen.[192])

### b. Im Besonderen.

#### 1.

Das Kunstgeräth und Handwerkszeug darf wider des Schuldners Willen nur, wenn Terminalzahlungen abgesprochen sind, in letzter Stelle angetastet werden.[193]) Hier genügt die Vorschrift, daß der Exekutor bei Wahl der Gegenstände auf die Wünsche des Schuldners Rücksicht nehmen müsse.[194]) Weiter gehende Begünstigungen[195]) scheinen ungerecht.

Künstliche Unterstützung eines besonderen Standes ist stets gefährlich.[196]) Die dem kleinen Handwerker und Künstler erwiesene Wohlthat der Theilzahlungen legt nicht, wie irrig § 95 Tit. 24 annimmt, dem Gläubiger, sondern, weil dieser den Verlust an Arbeit, Zeit und Zinsen beim Verkaufspreis seiner Waaren berechnet, Jedem, der solche Waaren braucht (z. B. die Schuhe aus dem theuren Leder trägt) eine Steuer auf, und dies zu Zeiten, da ein öffentliches Interesse zu solcher Be-

---

die Lebensmittel auf die nächsten vier Wochen abzupfänden, enthält die Hannöversche Prz. Ord.; im Uebrigen ist dem Schuldner dort nur verstattet, die ihm entbehrlichsten Gegenstände dem Exekutor zu bezeichnen. Andere Beschränkungen aber sind durch besondere Gesetze vorgeschrieben. Die Badische Pr. O., obwohl dem Cod. d. pr. nachgebildet, enthält nicht einmal diese Beschränkung.

192) Verfasser, als Soldat, bei einer größeren Exekution zur Beitreibung von Lebensmitteln für das Magazin in Skanderborg, fand in allen Ausgedingestuben eines heimgesuchten Dorfes alte Leute auf vollgestopften Betten, und widerlegte des dänischen Dolmetschers Erklärung, die Leute hätten die Pocken, durch die Bemerkung, in jenen Stuben sei eine völlig frische Luft.

193) Zu diesem Satze vereinigt sich der Inhalt der §§ 41. 95. 96. Tit. 24; § 14 Ver. 4. M. 34.

194) § 74, Tit. 24.

195) Cod. de pr. art. 192.

196) Adam Smith, Nationalreichthum, deutsch v. Garve II c. 9: „So verhält es sich mit jedem System, das entweder durch außerordentliche Begünstigung einem einzelnen Zweige der Betriebsamkeit von dem Kapitale der Gesellschaft mehr zuwenden will, als ihm von selbst zugegangen sein würde, oder das durch außerordentliche Beschränkungen einem solchen einzelnen Zweige einen Theil des Kapitals gewaltsam entzieht, der außerdem darauf verwendet worden wäre, — es entfernt sich von dem großen Zwecke, den es zu erreichen trachtet ꝛc."

günstigung des Schuldners nicht vorhanden,[197]) da die Arbeitskraft dem nährenden Volksvermögen, dem Acker, abgewendet, einseitig ausgebildet und verbildet,[198]) in ungesunde Wohnungen der Städte sich zusammendrängt.

Wer seine eigenen Fähigkeiten und den Schutz des Staates überschätzend, allein in Hoffnung auf Kredit, als Meister, einen Hausstand gründete, kehrt häufig — wird das Handwerkszeug ihm auch gelassen — zur früheren Abhängigkeit zurück. Der Tüchtige findet wieder Arbeit, dem Ungewandten kann das Handwerkszeug nichts nützen, er wird zum Tagelöhner.[199]) Am Gründlichsten wird hier, wie überall, geholfen durch Erziehung.[200])

Nicht anders steht der Künstler. Zwar scheint es, als werde mit der Geige, mit dem Farbenkasten seinen zu harter Arbeit nicht gewöhnten Händen die Möglichkeit genommen, sich und den Seinigen den Unterhalt zu schaffen, und dem einzelnen Gläubiger zu Gunsten eine in weiteren Kreisen erhebend wirkende Kraft gelähmt. Doch der wahre Künstler vermag sich selbst zu schützen, den Stümper aber kein Gesetz auf seiner falschen Bahn zu halten.

Gegenwärtig ist jene Milde auch den Begünstigten zur Last. Nachdem die Konferenz in Leipzig fast einstimmig allgemeine Wechselfähigkeit beschlossen, kam die Beschränkung für die kleinen Handwerker zu Nürnberg nicht einmal in Frage. Dennoch ist die Meinung nicht gewesen, diese Personen gerade in den Wechselverkehr hineinzuziehen. Wenn Borchardt[201]) hervorhebt, dieselben fänden zuweilen im Wechsel ihre Rettung, wenn seine Uebersicht auffallende Vermehrung der Wechselklagen gegen Gewerbtreibende beim Stadtgericht zu Berlin ergiebt, so scheint es unumgänglich, die gesetzlichen Erschwerungen ihres Kredites wegzuräumen.

Erhält der kleine Handwerker die Waare nur auf Wechsel, so muß er dieselbe vom auswärtigen Händler in der Furcht beziehen, daß dieser

---

197) Gruchot in seinen Beiträgen II, S. 224.

198) Viel Richtiges auch über diesen Punkt enthält die kleine Schrift von Haubold, die böse Noth der schweren Zeit (Leipzig 1859) S. 30, 40, 58.

199) Unrichtig sagt Melzbach (Beitr. III S. 99): „Jeder Arbeiter ist productiv." Die Volkswirthschaftslehre nennt die Arbeit productiv. Arbeit an falscher Stelle ist überdies Verlust.

200) Dem Staate das Recht derselben mit dem Schlagwort „Bevormundungssystem" bestreiten wollen, heißt, demselben das Recht des Daseins streitig machen.

201) J. M. Bl. v. 1854 S. 154.

durch Einzahlung des Alimentenvorschusses dem besonderen Prozesse über die Eigenschaften der Waare begegnen, und ihn zu einem nachtheiligen Vergleich zwingen werde, oder sich den Preisen unterwerfen, welche der Händler am Orte — vielleicht der einzige — ihm vorschreibt.

2.

Nicht der Landmann ist begünstigt, sondern zwischen dinglichen Rechten[202]) und persönlichen Forderungen ist eine Grenze durch die Vorschrift festgestellt, daß der Mobiliarexekution das zum Betriebe der Wirthschaft nöthige Geräthe, Vieh und Feldinventarium, sowie Brod und Futtergetreide nicht unterliege.[203])

Theilweise Beschlagnahme der Früchte auf dem Halme, welche durch Allh. Cab. Ord. vom 8. August 1832[204]) ehemals Westphälischen Landestheilen gestattet worden, widerspricht den hergebrachten Rechtsbegriffen,[205]) und dürfte wieder aufgehoben werden.

Des Schuldners Nachweis,[206]) daß die Gutserträge eines Jahrs die Forderung des Gläubigers decken, wendet den Antrag auf Subhastation von seinem Haupte und vom Staate.

Dessen Streben, den Grundbesitz in fester Hand zu sehen, ist jedoch, bei Wechselfähigkeit des Eigenthümers,[207]) nur durch Stärkung des Realkredits und Erleichterung der Exekution in Liegenschaften zu erreichen. Das letztere Mittel, wissenschaftlich vorbereitet,[208]) hat die Gesetzgebung[209]) bereits ergriffen.

202) §§ 48 ff. Tit. 2, § 443 Tit. 20 Th. I A. L. R.

203) §§ 71, 97 Tit. 24. Aehnliche Auffassung in Klein Annalen 25 S. 246 und im Rescr. v. 9. April 38 (v. K. Jahrb. 51. S. 386).

204) v. Rönne, Ergänz. § 71 Tit. 24.

205) § 45 Tit. 2 a. a. O. Doch rühmt Mittermaier a. a. O. S. 165 als ein Gegengewicht gegen die vielen Fristen der Badischen Prz. Ord. v. 1831 Tit. 42 neben dem Wahlrecht des Gläubigers auch die Möglichkeit, die Früchte auf dem Halme zu pfänden. Dieses Mittel ist in der Bad. Pr. O. v. 51 beibehalten, auch in Hannover zugelassen. Pr. O. § 278.

206) § 112 Tit. 24, § 24. Ver. v. 4. M.

207) § 726 Tit. 8 Th. II A. L. R. W. O. Art. 1.

208) Meyer (Ob. Trib. Rath) die Preuß. Hypoth. u. Subh. Ges.geb. (1854) Hartmann, die Pr. Subhast. Gesetzgeb. (1861).

209) Antrag der Abgeord. Behrend u. Gen., abgedr. in der Pr. Ger. Zeit. 1861 S. 52. Eingehende Besprechung muß an dieser Stelle unterbleiben, doch läßt sich nicht verschweigen, daß, bei dem unzweifelhaften Willen der Regierung, in der Richtung des Antrages vorzugehen, ihrer Sorgfalt und den Kräften, über welche sie gebietet, die Ausarbeitung eines so wichtigen Gesetzentwurfes überlassen werden konnte. Der vorgelegte zeigt die Spuren großer Eile, z. B. in der Häufung entbehrlicher Fremdwörter, z. B. in der Fassung des § 8, dessen Inhalt erst in § 11 erläutert werden mußte.

3.

Die üblichen Beschränkungen der Exekution „zur Hebung des Seehandels u. der Rhederei“ sind im Deutschen Handelsrechte dahin gemäßigt:[210])

Art. 446. „Ein zum Abgehen fertiges (segelfertiges) Schiff kann wegen Schulden nicht mit Beschlag belegt werden. Diese Bestimmung tritt jedoch nicht ein, wenn die Schulden zum Behufe der anzutretenden Reise gemacht worden sind. Durch eine Beschlagnahme von bereits an Bord des Schiffes befindlichen Gütern wegen Schulden kann deren Wiederausladung nur in denjenigen Fällen erwirkt werden, in welchen der Ablader[211]) selbst die Wiederausladung noch zu fordern befugt wäre, und nur gegen Leistung desjenigen, was dieser alsdann zu leisten haben würde.

Eine zur Schiffsbesatzung gehörende Person kann wegen Schulden von dem Zeitpunkte an nicht mehr verhaftet werden, in welchem das Schiff segelfertig ist.“[212])

Dem Gläubiger ist hiernach zum Besten des Verkehrs nur etwas Eile auferlegt, wie durch die kürzeren Verjährungsfristen.

4.

Die Sparsamkeit des Staates hoffte dem bedrängten Beamtenstande aufzuhelfen, indem sie ihn kreditlos machte. Sie versagte Personalarrest und gab dem Schuldner die zur Verwaltung seines Dienstes erforderlichen Bücher, Hausrath, Betten, Kleider, Wäsche, auch für Weib und Kind, regelmäßig ferner vom Gehalte 400 Thaler, von der Pension 200 Thaler, und den Rest zur Hälfte frei.[213])

Aus bösen Zeiten[214]) stammend, ist diese Vorschrift in besseren dahin erweitert, daß auch baares Geld noch theilweis frei zu lassen.[215])

Unhaltbar aber scheint sie, seitdem in Preußen die Wechselordnung bei Beamten[216]) Personalhaft zuließ,

---

210) Das Landrecht § 1409, 1411 befreite schon das im Laden begriffene Schiff und die geladene Waare unbedingt, sprach aber nur vom Schiffsmann (§ 1415) und enthielt (§ 1416) die unzweckmäßige Bestimmung, daß der Schiffer, wenn ihm ein anderer, tüchtiger und annehmlicher Schiffsmann für dieselbe Heuer gestellt werde, sich den Arrest gefallen lassen müsse. — Code de com. 215. Vergl. den Fall im neuen Archiv von Vogt u. Heinichen I S. 243.

211) Der Schuldner, gegen welchen die Exekution gerichtet wird.

212) Auch wegen Wechselschulden, nach der Absicht der Nürnberger Konferenz (Straß a. a. O.). Freilich würde diese, so lange der Ausdruck fehlt, in Preußen an Tit. 27 P. O. scheitern.

213) Aehnlich in Bad. P. O. 990.

214) Die Ab. §§ 156. 174 sind aus einer Verord. vom 26. Febr. 1806 entnommen. Löwenberg.

215) K. O. v. 11. Decbr. 1831.

216) In andern deutschen Staaten gilt sie nicht, so in Darmstadt, wo nur Offiziere und Studenten ein Vorrecht haben (Knorr, das Exek.-Verfahren nach gem. Recht 2c. [1851] S. 25).

weil durch die Exekutionsreglements vorgesehen sei, daß die Verhaftung erst erfolge, nachdem die Stellvertretung des Beamten eingeleitet worden, und weil die Wechselstrenge denselben vor solchen Geschäften bewahre; oder zur prompten Erfüllung zwingen werde,[217])

und die Konferenz in Nürnberg eine Ausnahme zu ihren Gunsten, als dem Verkehr hinderlich, verwarf.[218])

Thatsächlich ist das natürliche Verhältniß damit hergestellt, und der Beamte dem drückenden Verdacht enthoben, als bedürfe er vor eigenen Gelüsten fremden Schutzes. Ein schlammgeborener Materialismus versucht es unablässig, die heiligen Güter der Nation zu stürzen, und dem Geiste die Herrschaft abzuringen. Dieser sichert in jedem Siege den Staat aufs Neue, — auch gegen feindliche Armeen. Den sittlichen Gehalt des Volkes zu fördern, müssen die geistigsten und reinsten Kräfte in dem Beamtenstande gesammelt, und alle Einrichtungen, die seine Ehrenhaftigkeit gefährden, beseitigt werden.

Gegen einzelne verschuldete Beamte genügen die inneren Mittel,[219]) doch strenge Handhabung derselben läßt sich nur bei angemessener Besoldung[220]) fordern.

5.

In einem Staate, dem eine starke Militärmacht als Hauptbedürfniß galt, erscheint die Absicht nicht befremdend, den einzelnen Soldaten zu stärken, und bei gutem Selbstbewußtsein zu erhalten. Die Redaktoren der Gerichtsordnung hatten nicht gefunden,

„daß das vorgeschriebene Exekutionsverfahren der Würde und den Dienstverhältnissen eines jeden Officiers nachtheilig sei,"

auch nicht das Publikandum vom 14. März 1797, welches eine Exekution noch zuließ. Diese Erkenntniß war dem Jahre 1798 vorbehalten.[221]) Sie trieb den Exekutor von der Schwelle des Offiziers,[222])

---

217) Art. 2 und die Motive des Preuß. Entwurfs.

218) Straß a. a. O.

219) Disciplin. Ges. v. 7. Mai 1851 § 1, v. 21. Juli 1852, § 2.

220) Ueber die Nothwendigkeit ausreichender Besoldung z. B. Hegel, Rechts-Phil. § 294, Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenr. S. 134. Fickert in seiner Rede vom 29. September 57. bei der Philologenversammlung zu Breslau, Pape a. a. O. S. 83 ff., am Stärksten Grattenauer a. a. O. S. 212.

221) Bresl. Ergänzungen zu Ab. § 155.

222) Militärärzte haben auf die Ex. Begünstigungen der Offiziere keinen Anspruch. Die A. K. O. v. 12. Februar 1852 (Mil. Woch. Bl. 52 S. 51) legt

indem sie dessen Mobiliare am Garnisonsort für unpfändbar erklärte, und zwar die Hülfsvollstreckung in ausstehende Forderungen, öffentliche Papiere, eine gewisse Summe baaren Geldes, goldene, silberne und andere Medaillen, Juwelen und Kleinodien nicht versagte, doch die Ermittelung solcher Gegenstände in des Schuldners Willen stellte. Den richtigen Ausdruck meidend, verstattete[223]) sie denselben bei vorhandenem Zweifel zum Manifestationseid. Dieser darf gefordert werden,[224]) doch ist der Zwang den Militärbehörden überlassen, welche jede erneute Einwendung aufs Neue dem Richter vorzulegen haben,[225]) und geneigt sein werden, den Zwang zu mildern, wenn sie der Vorstellung des Schuldners, daß des Richters Ausspruch auf einer irrigen Voraussetzung beruhe, Glauben schenkten.

Das Uebel anerkennend, bedroht jetzt die Verordnung über die Ehrengerichte vom 20. Juli 1843 (§ 2 N. 1 b.)

„fortgesetztes und überhaupt ein solches Schuldenmachen, mit dem ein unredliches Benehmen oder sonst eine Beeinträchtigung des Staates verbunden ist."

Der leitende Gedanke, daß dem Gläubiger gegenüber, welcher im Vertrauen auf die Standesehre Kredit gegeben, der Schuldner sich hinter Privilegien nicht verstecken dürfe, hätte deren Aufhebung begründen können. Auch die Befreiung vom Personalarreste und die Schonung gewisser Gehaltsbeträge[227]) ist damit nicht vereinbar.

Hält sich die Militärverwaltung überdies genöthigt, den Fähnrich, der Schulden hat, nicht zum Offizier zu machen, und dem Offizier in gleichem Falle den Abschied zu ertheilen, so werden jene Hindernisse der Vollstreckung zu bloßen Rechtsverzögerungen. Dieselben verfehlen erfahrungsmäßig ihren Zweck. Sie überliefern den nicht charakterfesten Offizier dem Wucherer, sie schwächen seinen Sinn für Ordnung, der in Geldgeschäften unerläßlich, und befördern also, statt ihn zu hemmen, seinen Untergang.

---

denselben nur den Rang von Offizieren bei, macht sie nicht zu Offizieren. Auch die A. K. O. v. 15. September 1853 (M. W. Bl. 53 S. 185) betrachtet sie als Militärbeamte. Sie unterliegen also gemäß A. K. O. v. 8. Nov. 1831 (G. S. S. 250) den Vorschriften über die Zivilbeamten im Ah. § 156.

Bei den Ehrengerichten werden sie aus gleichem Grunde nicht betheiligt.

223) Ah. § 155. Ausnahme bei unerlaubten Handlungen, Ah. § 157.

224) A. K. O. v. 6. Juni 1823 (v. K. Jahrb. 21 S. 262).

225) J. M. Ref. v. 21. April 1834.

226) Dieselbe wird vorausgesetzt in A. K. O. v. 6. Juni u. 6. October 1823 (G. S. S. 167).

227) Ah. § 165 A. Erl. v. 24. Februar 1853 (G. S. S. 46).

Im Falle erklärter Kriegsbereitschaft[228]) freilich tritt der Staat als Gläubiger auf, und fordert von dem Offizier für die genossenen Vortheile der Erziehung, der Ausbildung, des Unterhaltes, die Gegenleistung. Diese darf durch die Hülfsvollstreckung nicht gehindert werden.

Die Beschränkung aller angeführten Privilegien auf Krieg und Kriegsbereitschaft[229]) ist jedoch in nächster Zukunft nicht zu hoffen, da die Bestimmung des Gesetzes vom 15. Februar 1850:

„Gegen Personen des Soldatenstandes ist die Vollstreckung des Wechselarrestes unzulässig, so lange sie dem Dienststande angehören"

keiner Rechtfertigung nicht zu bedürfen schien, und von der Kommission in Nürnberg gutgeheißen wurde. —

Bei Unteroffizieren und gemeinen Soldaten,[230]) die im Dienste stehen, sind, weil diese der Staat auch wider ihren Willen halten muß, die Privilegien nöthig.

Vor Nachtheil schützt ununterbrochene Aufsicht und das Strafgesetzbuch.[231])

6.

Wenn das Inventarium der Posthaltereien der Beschlagnahme entzogen ist,[232]) so erscheint dies bei jetziger Einrichtung, wonach die Pünktlichkeit im Postenlauf von pünktlicher Erfüllung der mit den Posthaltern geschlossenen Verträge abhängt, unvermeidlich. Die Freilassung der Fuhrgelder[233]) dürfte bei verschuldeten Posthaltern den mageren Pferden nicht zu Statten kommen.

7.

Die gerichtlichen Salarienkassen sollen[234]) den Schuldner nicht außer Nahrungszustand versetzen, ihm belassen

a) das für ihn und die bei ihm lebenden Kinder und Eltern nothwendige Bettwerk,
b) die nothwendigen Kleidungsstücke derselben,
c) ein für das eigene Lebensbedürfniß unentbehrliches Stück Milchvieh,

---

228) Vergl. A. K. O. v. 22. Decbr. 1818 (G. S. 1818 S. 8), wonach bei mobilen Offizieren und Militärbeamten keine Gehaltsabzüge stattfinden.

229) Für dieselbe auch Straß a. a. O. S. 218.

230) A. K. O. v. 8. November 1831. R. v. 2. April 1824 u. 15. September 1826 Jahrb. 28 u. 28. Ges. v. 4. April 1854 § 21. (G. S. S. 197).

231) v. 3. April 1845 § 170.

232) § 24 Ges. v. 5. Juni 1852.

233) Ver. v. 3. Mai 1804, bei Matthis M. Schr. I, S. 26.

234) R. v. 1. Novb. 1814, 20. Octob. 1830; R. v. 27. Decemb. 1825, welches eine K. O. vom 30. Novb. 1825 mittheilt (Jahrb. 4, 26 u. 36). Ah. § 140 zu § 35 Tit. 23 P. O.



auch Subhastationen nur in Antrag bringen, wenn sie des Schuldners Hypothek verfolgen, oder, wenn des Schuldners Grundstück mit eingetragenen Kosten veräußert worden; endlich Personalarrest des Schuldners zu verlangen, nicht berechtigt sein.[235])

## 8.

Jede Forderung des Schuldners kann der Gläubiger mit Beschlag[236]) belegen. Einige Ausnahmen[237]) sind bereits erwähnt.[238])

Feuerkassengelder, Retablissementsgelder, die einem Gutsbesitzer, und Bauhülfsgelder, die aus öffentlichen Kassen bewilligt worden, Gnadengehälter und gewöhnlich die aus Unterstützungskassen fließenden Pensionen[239]) sollen dem gegebenen Zwecke nicht entzogen werden. Sträflingen beläßt der Staat, damit die Neigung zu ehrlichem Erwerb erwache, einen Theil des Arbeitslohns.[240]) Fern zu halten ist die Verwechselung von Forderung und Klagerecht (actio nata), welche, aus der Verjährungslehre endlich ausgewiesen,[241]) sich auf diesem weniger bebauten

---

235) Ref. v. 18. Mai 1816, 5. März 1832 (Jahrb. 8 u. 39). Dasselbe soll von Gebühren, welche der Mandant dem Rechtsanwalte schuldet, gelten. Das Gesetz kennt solche Beschränkung nicht; der Richter dürfte also die Subhastation oder den Personalarrest, wenn ein Antrag darauf gerichtet würde, nicht verweigern, und müßte dem Antragsteller überlassen, die Nichtbefolgung der Reskripte zu vertreten.

236) Die strafrechtlichen Folgen der Nichtachtung sind streitig. Selten paßt § 272 d. St. G. B., weil durch Zession nur ausnahmsweise, durch Einziehung der arrestirten Beträge seitens des Exequendus niemals die Forderung selbst in eine andere Lage kommt (vergl. Oppenhoff zu § 272). Strafbar werden indessen solche Fälle sein, in welchen Betrug vorliegt, und deshalb nach § 55 St. G. B. mit Ausschluß des § 272, auch zu strafen ist.

237) Fast vollständig ist die Zusammenstellung bei Strey, Exek. Ord. S. 102 — Lotteriegewinne können, als zahlbar an den Loosinhaber, nicht angegriffen werden, überflüssig also ist das ausdrückliche Verbot (Edikt v. 20. Juni 1794 §§ 5. 6). Abpfändungsfähig ist allein das Loos. — Die Vorschrift wegen der Heuer (§ 1418, II, 8. A. L. R.) ist bereits im Pr. Entwurf des Handelsrechtes Art. 439 ff. weggelassen, und in das deutsche Handelsrecht nicht aufgenommen.

238) Bei Beamten und Soldaten.

239) Strey, die Lehre von den Arresten (1859) S. 67, § 18 Tit. 29 P. O., K. O. 31. Jan. 1822 (G. S. S. 48); K. O. 15. Nov. 1819 (G. S. 20 S. 45); §§ 836, 846 Tit. 11 Th. II A. L. R.; § 109 Tit. 24 P. O.; K. O. 20. März 1828 (G. S. S. 43); K. O. 29. Februar 1848 (G. S. S. 94); G. 3. u. 10. April 1854 (G. S. S. 138, 142).

240) K. O. 28. Decbr. 1840 (G. S. 41 S. 52).

241) vergl. z. B. Thon in der Zeitschr. f. Zivr. u. Pr. 8 S. 1 ff.; v. Savigny Syst. 5, § 239.

Boden eingenistet, und dem Gläubiger den Lohn des Arbeitsmannes[242]) streitig macht. Vom Landrecht ist sie keineswegs begünstigt. Dies verordnet in §§ 266. 267 Tit. 17 Th. I:

„Die Gläubiger eines einzelnen Gesellschafters können auch an seinen Antheil vom Gewinne sich halten.

Doch müssen sie sowohl wegen Nachweisung dieses Antheils, als wegen der Art und Zeit der Herausgabe, sich alles das gefallen lassen, wozu der Schuldner selbst, nach dem Vertrage, oder nach den Gesetzen verpflichtet ist." [243])

Die Absicht aber, daß der Schuldner durch den Lohnvertrag allein auf Arbeit ein Recht erwerbe, nicht auf Belohnung, ist ganz heimathlos.[244])

9.

Aus den Folianten des gemeinen Rechts genommen, erinnerte das **beneficium competentiae**, wie die Gerichtsordnung dasselbe aufbewahrte, nur in äußeren Formen an das Urbild, denn es sollte nur dem „Gemeinschuldner, der zur Wohlthat der Cession qualifizirt war,"[245]) zustehen. Die Konkursordnung[246]) frischte die bekannten Züge auf. Die Wohlthat ist wieder gegen Hülfsvollstreckungen gerichtet, und überdies bezüglich der verpflichteten Personen auf ihren Ursprung, die Alimentationsverbindlichkeit, zurückgeführt. Außerdem ist sie gegeben bei fortlaufenden Einkünften, die der Schuldner nicht durch lästigen Vertrag erworben. Hierher können die Lehnsnutzungen[247]) in gewissem Sinne — wegen der Verleihung — auch gerechnet werden.

---

242) Verschiedene Stimmen in Gruchot, Beiträge II S. 217 ff., III S. 78 ff. Der vom Verfasser dort vertretenen Meinung scheint die Praxis im Ganzen geneigt. Darauf beruht der Reidt-Grundmann'sche Antrag im Hause der Abgeordneten, welcher Beschränkungen des Lohnarrestes für Bergarbeiter herbeiführen sollte, mehr noch die ziemlich allgemein in der Sitzung vom 6. Mai 1861 (Sten. Ber.), am Ueberzeugendsten von Immermann verfochtene Absicht, für Bergarbeiter Ausnahmen nicht einzuführen, und der Antrag Waldeck's (der den Lohnarrest entschieden mißbilligt) die Nothwendigkeit eines Gesetzes zu erwägen, das die Beschlagnahme des noch nicht verdienten Tagelohnes für unzulässig erkläre. Beide Anträge wurden abgelehnt.

243) Art. 119 Handelsges. B.: „Gegenstand der Exekution, des Arrestes, oder der Beschlagnahme kann für sie (die Gläubiger) nur dasjenige sein, was der Gesellschafter selbst an Zinsen und an Gewinnantheilen zu fordern berechtigt ist, und was ihm bei der Auseinandersetzung zukommt."

244) Dem entsprechend gewönne der Verkäufer aus dem Kaufvertrage allein das Recht, die Sache wegzugeben.

245) §§ 17, 23, 31 Tit. 49. Ref. v. 23. Februar 1827. Bresl. Ergänz. zu § 142 Tit. 24 P. O. Anderer Meinung war Koch n. 11 zu Tit. 49.

246) §§ 434 ff.

247) § 438 K. O., §§ 350—357 Tit. 18 Th. I A. L. R. Der Grund für diese Begünstigung lag im Obereigenthume. Dies ist aufgehoben (Ges. v. 2. März 1850 § 2, G. S. S. 77).

Andre Fälle der Kompetenz, als die ausdrücklich beibehaltenen, sind, gemäß Art. II des Einführungsgesetzes, nicht mehr gültig. Die Motive[248]) erachten zwar noch einige im Landrecht enthaltene Arten der „Kompetenz“ für fortbestehend, aber gerade, weil bei diesen die Beschränkung in den Forderungsrechten liege, und der Begriff der Kompetenz nicht passe.

Die Entsagung der Rechtswohlthat ist nicht immer unwirksam: Ehegatten und Verwandte haben eine unabänderliche Pflicht, den Schuldner standesmäßig zu ernähren, und demselben die Erniedrigung der Armenunterstützung zu ersparen, ehrenvoller aber ist es, Erwerb in einer Arbeit, welche den bisherigen Verhältnissen nicht angemessen ist, zu suchen, als fremden Gläubigern den Unterhalt zu danken. Durch die Entsagung würde also nur im ersten Falle die Ehrbarkeit beleidigt,[249]) wohl aber, sofern der Schuldner überhaupt nicht arbeitsfähig wäre, das Recht derjenigen Personen angetastet, welchen, ohne jene Kompetenz, die Unterstützung des Hülfsbedürftigen gesetzlich obliegt. Dem Rechte Dritter kann man nicht entsagen.

Unbillig scheint es allerdings, den fremden Gläubigern die Unterstützung abzunöthigen, doch rechtfertigt sich hieraus nicht die Entsagung dieser Wohlthat, sondern — deren Abschaffung. —

„Die Entscheidung erfolgt im schleunigen Prozesse,[250]) das „billige Ermessen,“ welches die Zulassung der Kompetenz und den Betrag bestimmt, muß also die allgemeinen Pflichten der Parteien und die Regeln des Beweises anerkennen.

Das Urtheil stellt die zeitige Vermögenslage des Schuldners fest, und sichert diesen im Umfange der ertheilten Kompetenz vor Anfechtungen seines Gegners,[251]) also auch vor Personalarrest.

Gegen Wechselexekution ist jeder Einwand des Schuldners ausgeschlossen,[252]) also auch der Antrag auf Kompetenz. Einzelne Landesgesetze[253]) hielten sich, dem Wortlaut des Art. 2 W. O. allerdings entgegen, durch die übereinstimmende Meinung der Abgeordneten zur Leipziger Konferenz[254]) ermächtigt, Beschränkungen der Wechselhaft, die

248) S. 149, auch bei Koch K. O., und v. Rönne Ergänz.
249) Insoweit scheint Koch n. 9 zu § 435 einverstanden. Goltdammer läßt in jedem Falle die Entsagung gelten (Komment. S. 542).
250) § 436 K. O., § 13 V. v. 21. Juli 1846.
251) § 66 Einl. P. O.
252) § 51 Tit. 27 P. O.
253) Oesterreich. u. Churh. W. O. vergl. bei Borchardt, D. W. O. n. 23.
254) Prot. 23. Octob. 1847. Leipz. Ausgb. S. 9.

„als Gebote der Humanität erschienen," festzusetzen, doch lehnte man in Nürnberg[255]) die Befreiung von Ehegatten, verwandten und verschwägerten Personen ausdrücklich ab.

Möchte in dieser Allgemeinheit sich die Befreiung nicht empfehlen, so fordern doch zwei Fälle ganz besondere Rücksicht:

Soll es geschehen können, daß Kinder ihre Eltern zum Schuldarrest bringen lassen?

Licet legum contemtor, et impius sit, tamen pater est![256])

Muß es zugelassen werden, daß ein Ehegatte den andern mit angekauften Wechselforderungen peinigt, oder der eignen Zügellosigkeit zu fröhnen, ins Gefängniß sperrt?

Mit Schaudern würde jeder Richter die Haftverfügung unterzeichnen; aber die Gesetze zwingen.[257])

## § 6. Interventionen.

Der Grundsatz, daß die Hülfsvollstreckung nur des Schuldners Eigenthum ergreifen dürfe, hat die alte[258]) Herrschaft im gemeinen Rechte[259]) und in Preußen — hier gegen wühlerische Auslegungen — festgehalten,[260]) unerschüttert durch die deutsche und vom Landrecht aufgenommene Regel:[261])

„Ein jeglicher sehe wol zu, weme er das seine ausleihe und vertraue. Dann würde es sich zutragen, daß derjenige, dem es gelehnet oder vertrauet, dasselbe verkauffte, versetzte, oder sonsten alienirte, will dann der Ausleiher das Gut wieder haben, von dem, welchem das ausgelehnet Gut per contractum gebracht, so muß er es selbsten lösen, sonsten bleibet,

255) weil diese Beschränkung nur geringe praktische Bedeutung habe und durch Weitergebung des Wechsels umgangen werden könne. Straß a. a. O.

256) Nov. 12. c. 2. Leyser med. 5. sp. 18.

257) Das Ges. v. 17. April 1832 sur la contrainte par corps in Frankreich Art. 19 verbietet die Haft auf Antrag der Gatten, Afzendenten, Descendenten, Geschwister, ou alliés au même degré.

258) l. 15 Dig. de re judic.

259) Heffter, Syst. des R. u. d. Z. Pr. § 519.

260) §§ 5. 75 ff. Tit. 24 Proz. O., Dekl. 7. April 1838 (G. S. S. 255). Keine Ausnahme bestätigt die Dekl. v. 21. Juli 1846 (G. S. S. 326) in dem Satze, daß die dem Vermiether und Verpächter durch § 395 Tit. 21 Th. I A. L. R. beigelegten Rechte eines Pfandgläubigers sich auf solche Gegenstände erstrecken, welche der Miether oder Pächter ohne Einwilligung des Eigenthümers zu verpfänden befugt ist, weil die Einbringung der Sachen als Verpfändung gilt.

261) Lüb. R. III Tit. 2 Art. 2. Nicht ohne Anklänge im R. R.: l. 6 Dig. de captiv. et postlim. l. 14. 16. Cod. de praed. et aliis rebus min. Vergl. Hasse in der Zeitschr. f. gesch. R. W. I S. 18 ff.

der es gekaufft, oder an sich gebracht, näher dabei denn derjenige, welcher das Gut ausgelehnet. Dann do jemand seinen Glauben gelassen, da muß er ihn wiederum suchen."

Ueberall beschwerlich, hindert jener Grundsatz in den Provinzen mit getrenntem Güterrecht der Ehegatten die meisten Exekutionen in das bewegliche Vermögen. Am Förderlichsten, zugleich am Wenigsten bedenklich scheint es, ihn gerade bei Ehegatten[262]) aufzugeben, bei denen er bereits in einem großen Theile Preußens und Deutschlands[263]) keinen Boden findet, und, dem Wesen der Ehe zuwider, alles Rechtsgefühl verhöhnt, wenn die Vollstreckung eine gegen den Mann allein klagbare Schuld der Frau betrifft.[264]) Erbittert, beantragt dann der Gläubiger den Manifestationseid oder Personalarrest, und endlich — nachdem die Kosten gewaltig angeschwollen — erfolgt die Auslösung des Mannes doch aus ihren Mitteln.

Freilich bedarf das ganze Güterrecht der Ehegatten der Besserung, seit dessen Einklang durch das Konkurs-Gesetz gestört ist.[265])

## § 7. Antreibungsmittel.

Nur gegen das Vermögen ist die Exekution gerichtet,[266]) auch in dem Zwange, welcher des Schuldners bösen Willen brechen soll.

Das bereits von Klein[267]) nicht ohne Spott betrachtete „Vorspiel," den Exekutor einzulegen,[268]) ist in Preußen gänzlich außer Szene,[269]) und dürfte von der deutschen Bühne überhaupt verschwinden.

---

262) Eine solche Ausnahme meldet Voëtius ad tit. de re judic. n. 33 aus Holland. Das „Prinzip der absoluten Nonintervention" ist hier nicht anzurathen.

263) Die Pr. Provinzen, in welchen Gütergemeinschaft gilt, in v. Rönne Ergänz. zu § 345 Tit. 1 Th. II A. L. R. Wie weit, beziehungsweise in welcher Ausbildung dieselbe in Deutschland Regel sei, — Rathmann: Einige Worte über eheliches Güterrecht (Chemnitz 1859), und die abweichende Ausführung in Schletter's Jahrb. 6. S. 117 — ist hier unerheblich. In Hannover ist „die Einsprache der Ehefrau wegen noch vorhandener Dotalsachen" ausdrücklich anerkannt (Pr. O. § 289).

264) § 320 ff. Tit. 1 Th. II A. L. R.

265) Die Geschichte dieser Störung bei Koch zu § 88 ff. K. O. Die daselbst abgedruckten Regierungs-Motive, sowie nicht minder diejenigen zum Preuß. Entwurf des Handelsr. Art. 746 haben als festes Ziel die Hebung des Credits, und zeigen sich der hier gewünschten Aenderung günstig.

266) Bornemann, System 2. Ausg. II § 133.

267) Annalen Bd. 25 S. 235, Bd. 26 S. 100.

268) Im gemeinen Rechte aus einem Mißverständniß der l. 1 Cod. de officio praef. Aug. hervorgegangen.

269) Loewenberg, Verordn. I v. 4. März 1834 § 8.

Auch die anderen Antreibungsmittel werden — nicht mit gleichem Rechte — angefochten.

1. Offenbarungseid.

Aus einem scheintodten Reis des Römerrechtes[270]) in das Deutsche Rechtsleben[271]) und in neuere Gesetzgebungen, insbesondere die Preußische hineingewachsen ist des Schuldners Pflicht, dem Gläubiger sein Vermögen eidlich anzuzeigen.

Ein Gegner dieser Art des Offenbarungseides bezeichnet denselben als eine schwere Seelenfolter,[272]) doch der Gewissenhafte allein empfindet ihn als solche, und gegen diesen ist sie überflüssig. Der Leichtsinn findet in der Vorschrift, daß Vergessenes später anzuzeigen, auch wegen fahrlässigen Meineides nicht zu strafen sei,[273]) willkommenen Trost, und der Gewissenlose scheut das Geständniß seiner Gaunerei, das deren Erfolg vereiteln würde, mehr als den wissentlichen Meineid.

Dieser, vor Geschworenen in der Regel schwer erweislich, wird hier fast immer straflos bleiben, wo der Schuldner dem Grundsatze zuwider, daß nur Thatsachen beschworen werden können, die unter Rechtsgelehrten vielleicht sehr zweifelhafte Frage, was zu seinem Eigenthum gehöre,[274]) lösen soll.

Wenn das Gesetz noch Personalarrest nach diesem Offenbarungs-

270) ungloss. Nov. 135.

271) Die oben angeführten Stellen des Hamb. Stat. u. verm. Sachsensp. Rödiger, Versuch einer vollst. Lehre vom Manifestationseide S. 18, fertigt diese Art des Offenbarungseides mit den Worten ab, gemeinrechtlich, noch mehr aber in Sachsen stehe der Satz unbezweifelt fest, daß jeder Gläubiger nach ungenügend oder gänzlich fruchtlos vollstreckter Exekution dem Schuldner bei entstandenem Verdachte einer Verheimlichung seiner Vermögensstücke den Manifestationseid antragen dürfe. — Daß dieser Satz gemeinrechtlich feststehe, sagen nicht Heffter § 517, v. Linde § 374, Bayer, 7. Aufl. S. 550, obwohl sie den Eid erwähnen. Daß ein Verdacht nicht vorhanden zu sein brauche, lehrt Chop, der Manifestationseid in der Ex. Just. im Archiv für zivil. Pr. 40 S. 178 ff.

272) Elvers, die Nothstände des Pr. Eidesrechtes (1858) S. 24.
Justinian läßt in l. ult. § 10 Cod. de jure deliberandi etc. einen Manifestationseid, als Beweismittel, erst nach den tormenta servorum hereditariorum zu.

273) wegen § 33 Tit. 22 Pr. Ord. Vergl. Oppenhoff St. G. B. zu § 132.

274) Wie dunkel und bestritten sind z. B. die Grenzen zwischen dem Eigenthume des Mannes und der Frau (§ 211 Tit. 1 Th. II A. L. R., § 88 K. O.)! Das Stadtgericht zu Berlin bestrafte einst wegen Meineids, weil der Angeklagte — verjährte — Forderungen verschwiegen. Verfasser würde freigesprochen haben.

eide gestattet, so betrachtet es denselben von vornherein als einen falschen. Beides zusammen kann nicht bestehen. Geboten scheint es, eine zum Mindesten unnütze Anrufung Gottes abzuschaffen.[275])

2. Schuldhaft.

Am Lautesten sprach gegen die allgemeine Schuldhaft Dr. Grattenauer,[276]) — nicht ohne französischen Akzent.

Hier streitet nicht, wie er behauptet, die Freiheit mit dem Eigenthume, sondern das Recht des Klägers mit der Willkür des Verklagten. Die Zahlungsfähigkeit des Schuldners giebt nicht die Gewähr der Zahlung. — Es ist unrichtig, daß der Kredit unvermögender Bürger vernichtet werden müsse. Mit Sicherheit vermag kein Staatsmann zu ermessen, wie viel beim Eingriff in die Verkehrsverhältnisse geschadet wird.[277]) Der Punkt, von welchem die Erde zu bewegen, muß außerhalb derselben liegen.

Die Betrachtung, daß dem gemeinen Wesen die Kräfte des Gefangenen entgehen, und dessen Angehörige erhalten werden müssen, darf nicht entscheiden. Die Rechtshülfe kann der Rechtsstaat sich etwas kosten lassen.[278]) Gemeinde und Staat, als Erweiterungen der Familie, müssen die Folgen verunglückter Erziehung tragen. Ersparnisse werden sie machen durch Hebung des Unterrichts, durch Pflege der Verbrecherkinder und durch alle solche Einrichtungen, welche den sittlichen Gehalt des Volkes steigern.

Trifft einmal der Personalarrest den redlichen verarmten Schuldner, wird damit wirklich auf seine Angehörigen ein Druck geübt, so werden

275) Die Hannöversche Proz. Ord. § 274 wählt den Manifestationseid, nicht die Badische.

276) a. a. O. — Dagegen auch Mittermaier a. a. O. S. 199. Für die Verschärfung der Aufsatz im Centralblatt von 1848 S. 709 wegen der Unmöglichkeit, mit der Mobiliarexekution bei jetzigen Einrichtungen etwas auszurichten. — Das Gesetz vom 23. Mai 1859 (G. S. S. 317) enthält für den Justizsenat die in den altländischen Provinzen bestehenden Vorschriften über den Personalarrest, allerdings auch über den Manifestationseid.

Koch's Entwurf folgt dem französischen Recht, mit der bedenklichen Ausnahme seines § 838: „Beträgt die Summe nicht 50 Thlr., so können die Richter, nach Beschaffenheit der Umstände, den Antrag auf Personalarrest verwerfen.“ Er wünschte eine durch richterliches Ermessen beschränkbare Kumulation der Vollstreckungsmittel (S. 278).

277) Damit ist nicht gesagt, daß jeder noch so hergebrachte Eingriff ohne Rücksicht und Vermittelung beseitigt werden könne. (Wuchergesetze!)

278) Nichtjuristen haben im Jahre 1853 den Rath gegeben, zur Kostenersparniß die Prügelstrafe wieder einzuführen.

diese nur an ihre Alimentationsverbindlichkeit erinnert. Die Gattin hat meistens den Kredit mit ihrem Manne genossen. Sie gehorcht nur dem Moralgesetze der Ehe, wenn sie den Verklagten auslöst, auch den liederlichen. Ist der Schuldner der Unterstützung seiner Verwandten nicht mehr würdig, so verbüßt er eine gerechte Strafe, und der Gläubiger bezahlt mit den Haftkosten nur seinen eigenen Irrthum.

Jetzt legt die allgemeine Wechselfähigkeit den Gegnern des Personalarrestes Schweigen auf,[279]) es tritt vielmehr die Frage nahe, ob die Zulassung desselben vor oder neben der Exekution in das Vermögen über Wechsel- und Akkord-Vollstreckungen[280]) nicht auszudehnen sei?

Dies beantragte für Handelssachen der Preuß. Entwurf in Uebereinstimmung mit Würtemberg und Sachsen.[281]) In den Motiven heißt es:

„Das rheinische Recht geht von einer weit korrekteren Auffassung aus. Der Schuldarrest hat den Zweck, den Schuldner zur Befriedigung des Gläubigers anzuhalten; soll aber dieser Zweck erreichbar sein, so darf die Haft nicht überall erst zugelassen werden, nachdem das Unvermögen des Schuldners und seine Zahlungsunfähigkeit bereits konstatirt ist, die Haft muß vielmehr in jedem Stadium der Exekutionsinstanz, und namentlich zu einer Zeit, wo der Schuldner noch Befriedigungsmittel besitzt, eintreten können, damit der Gläubiger im Stande ist, ihn dadurch zur schleunigsten Herbeischaffung baarer Zahlungsmittel oder doch zur Angabe und Bezeichnung geeigneter Exekutionsobjekte zu zwingen. Ist der Schuldner verurtheilt, zu zahlen, so erscheint es als das Natürlichste, daß auch die Exekution geradezu auf die Erzwingung der Handlung der Zahlungsleistung gegen den Schuldner gerichtet werden kann, ohne, daß sich der Gläubiger selbst, namentlich, wenn er Kaufmann ist, mit der Erforschung und Flüssigmachung der Befriedigungsmittel des Schuldners, überhaupt mit der Vermögensexekution und deren Weiterungen zu befassen braucht. Für den kaufmännischen Verkehr, der eine schnelle auf die möglichst einfache Weise zu bewirkende Befriedigung erstrebt, ist dies der allein richtige Gesichtspunkt."

weiter:

„Dem Gläubiger wird nur dann die gebührende schleunige Rechtshülfe, wenn er alle vorhandenen Befriedigungsmittel ohne Verzug zu benutzen im Stande ist. Wollte man die Kumulation nicht gestatten, so würde die Haft leicht die Folge haben, daß der böswillige, hartnäckige Schuldner

279) Man müßte dann, den Ansichten der Nürnberger Konferenz entgegen, die Vorschrift der österreich. W. O. zum allgemeinen Gesetze machen: „Der Wechselarrest ist nicht zulässig gegen alle jene Personen, gegen welche ꝛc. der Schuldarrest überhaupt nicht stattfindet."

280) Ges. v. 11. Mai 1839 (G. S. S. 173) § 201 Konk. Ord. vergl. auch § 486 Tit. 18 Th. II A. L. R., § 43 Tit. 1 Depos. Ord.

281) Prß. Entw. Art. 1022 ff. K. Sächs. Ges. vom 19. Februar 1838 (G. S. S. 73), 26. August 1843 (G. S. S. 93), 7. Juni 1849 § 19.

während der Dauer derselben sein Vermögen genießt und verzehrt oder sonst dem Gläubiger entzieht; die gleichzeitige Exekution gegen die Person und das Vermögen dagegen ist das wirksamste Mittel, den Schuldner zur schleunigen Zahlung zu zwingen."

und endlich:

„Eine übermäßige Härte gegen den Schuldner kann darin nicht gefunden werden; er hatte während des Prozesses hinlängliche Zeit, für die Befriedigung des Gläubigers zu sorgen."

Diese Gründe scheinen auch außerhalb des Handelsstandes richtig. Nicht allein dem Kaufmann sei pünktliche Erfüllung übernommener Verbindlichkeiten Ehrensache!

Treffend sagt Klein:[282])

„Der Gläubiger ist meistentheils wiederum ein Schuldner Anderer, und so gehet die Unordnung im Zirkel herum. Wenn jedermann zu rechter Zeit bezahlen muß, so kann auch ein jeder zu rechter Zeit zahlen.

Eins der größten Uebel ist, wenn die Zwangs- und Gewissenspflichten mit einander verwechselt werden."

Allgemeine Geltung ist dem alten deutschen Satze zu erzwingen:

„Ein Mann ein Wort."[283])

Doch können nicht alle Beschränkungen des Personalarrestes aufgehoben werden.

Von den sachlichen wurden Gebühren der Gerichte und Mandatare bereits erwähnt.

Sind Schulden der Studenten gegen diese klagbar, was den allgemeinen Bestimmungen mehr genähert werden könnte,[284]) so scheint kein Grund vorhanden, sie nach der Studienzeit vom Personalarreste zu befreien.

Die Regel, daß gegen den Bevollmächtigten allein, der für eine Gesellschaft abgeschlossen, die Personalhaft zu vollstrecken,[285]) dürfte zu Gunsten eines redlichen Verkehrs dahin geändert werden, daß den

---

282) Anm. 25 S. 249.

283) Praesertim ut nunc sunt mores. Adeo res redit: Si quis quid reddit magna habendast gratia. Terenz Phormio I, 2, v. 5.

284) Billig gilt der Konsens des akademischen Gerichts als ein Ersatz sogar der väterlichen Genehmigung (§ 127 Tit. 2 Th. II A. L. R.), doch werden nicht nur die Eltern, sondern die Studenten selbst neben diesen als Schuldner angesehen. Schwebt eine Vormundschaft, so wird immer der Student allein — wenn nicht die Mutter einzutreten hat (§ 64 a. a. O.) — die Pflicht zur Zahlung tragen, obgleich die ungenaue Fassung des Landrechts zu einer andren Meinung führen könnte. — Vergl. §§ 99 ff. Tit. 12 Th. II A. L. R. und v. Rönne Ergänz.

285) § 240 Tit. 17 Th. I A. L. R.

Genossen unbenommen bleibe, die persönliche Verhaftung in der Vollmacht auszuschließen. Man anvertraut dem Andern — ist die Absicht ehrlich — mehr als die Person, wenn man demselben Verfügung über das Vermögen giebt.

Von persönlichen Befreiungen können hier übergangen werden die auf dem Völkerrecht[286]) beruhenden. Schiffsvolk, Beamte, Soldaten sind bereits erwähnt.

Unangefochten bleibe

das Recht des Ehemannes, welches den Personalarrest der Ehefrau verhindert, sowie der Schutz der Weiber gegen nicht bedachte Folgen ihrer Wechselpflicht,[287])

die Befugniß beider Häuser des Landtags über die Verhaftung ihrer Mitglieder während der Sitzungsperiode zu beschließen,

die Versagung des Zwanges gegen den Gemeinschuldner, welchem während des Konkurses die Verfügung über sein Vermögen genommen ist,[288])

der Preis, welchen die Ehrlichkeit dadurch erhält, daß der Gemeinschuldner, wenn er als entschuldbar angesehen worden, wegen der zur Zeit der Konkurseröffnung vorhandenen Forderungen vom Personalarrest verschont wird.[289])

---

286) Abg. § 201 zu § 90 Tit. 29 Pr. O; K. O. v. 2. August 1826 u. 16. April 1836 (Jahrb. 47 S. 554). Heffter, Völkerrecht § 42. 53. 54. 217.

287) § 196 Tit. 1 Th. II A. L. R., die Befreiung der Weiber, die nicht Handelsfrauen, vom Wechselarrest wurde im Pr. Entwurfe zur W. O. und in Leipzig als selbstverständlich behandelt, nicht allgemein anerkannt aber ist die Ausdehnung dieser Befreiung auf den Schuldarrest in Wechselsachen nach fruchtlos vollstreckter Mobiliar-Exekution. Verf. des K. Ober-Tribunals vom 11. November 1852 (Entsch. 14 S. 162).

288) Der § 9 K. O. redet sehr bestimmt. Diesem Gesetze, wie den §§ 1 und 8 zuwider, wollen einige Gerichte wegen Wechselschulden, die im Laufe des Konkurses entstanden sind, den Personalarrest verfügen. Druck auf die Verwandten, um des Druckes Willen, üben, hieße gegen sie die Exekution vollstrecken. — Die Klage wegen Geldschuld muß freilich während des Konkurses gegen den Gemeinschuldner eingeleitet werden, wennschon die Kommission der II. Kammer in ihrem Berichte zu § 133 des Entwurfs auch dies bestritt. (Vergl. Makower Studien zur K. O. S. 83 ff.)

Die Kommission in Nürnberg hat sich gegen Vollstreckung der Wechselhaft während des Konkurses erklärt (Straß a. a. O. S. 211).

289) Weiter, und wohl zu weit ging man in Nürnberg, wenn man, wie Straß a. a. O. S. 225 mittheilt, den Schuldner wegen früher entstandener Schulden, die nach dem Konkurse eingeklagt werden, immer vom Wechselarrest befreien wollte.

### 8. Zwangsarbeit.

Die neueren Gesetzgebungen nahmen dem Gläubiger die Möglichkeit, des Schuldners Arbeitskraft zu nutzen, mit dem Mittel, dieselbe festzuhalten. Sie schulden noch immer den Ersatz. Das Recht des Gläubigers ist anerkannt, vor dem Personalarreste oder statt dessen zu verlangen,

> daß der Schuldner das judikatmäßige Liquidum durch Arbeiten, welche seinen Kenntnissen und Kräften gemäß, und für seinen Stand nicht entehrend sind, nach und nach abzuführen angehalten werde.

Dasselbe ist beim Mangel eines Zwanges ein papiernes geblieben, auch dem Bezirke des Justizsenates vorenthalten.[290]) Der Lohnarrest — durch jene Vorschrift als ein Minderes stillschweigend zugegeben — hat bei Lohnarbeitern ausgeholfen.

Die Preußischen Gesetze, weit entfernt, aus zarter Schonung einer Willkür, welche Freiheit heißen möchte, lungernden Müßiggang mit Brod und Spielen aufzumästen, haben nach ältern Vorbildern[291]) stets versucht, die Trägheit durch Arbeitszwang zu heilen.[292])

Der Staat vergißt die Selbsterhaltung, wenn er versäumt, dem göttlichen Gebote „Arbeite“ Gehorsam zu erzwingen. Dennoch läßt er's geschehen, daß dauernd eine Menge Menschen in den Schuldthürmen müßig liegen. Die Bestimmung, daß auch im Personalarreste der Schuldner zur Arbeit angehalten werden könne, deutet auf die Hülfe — die Vereinigung des Personalarrestes und der Zwangsarbeit. Das angeführte neuste Exekutionsgesetz scheint einer solchen günstig, indem es die derselben hinderliche Vorschrift des Anhangs § 165 wegließ:

> „Es ist nicht Sache der Gefangen-Anstalt, sondern des Gläubigers, seinem Schuldner im Gefängnisse die Gelegenheit und die Mittel zur Arbeit, zu welcher er sich eignet, zu verschaffen, damit dieser dadurch seine Alimente sich selbst verdienen könne.“

Zwangsanstalten zur Abarbeitung von Schulden einzurichten,[293]) kostet freilich Geld, doch würde sich dasselbe verzinsen und allmählich zurückbezahlen lassen. Dauernd wäre der Nutzen für den Staat! —

---

290) § 142 Tit. 24; Ges. v. 28. Mai 1859.

291) Heffter, Lehrbuch des Strafrechts § 472. Feuerbach, peinl. R. § 448.

292) §§ 117 ff. St. G. B.

293) Man wird ohnedies die Arbeitshäuser erweitern und vermehren müssen: Die Sicherheit des Staates fordert ein Gesetz, daß der Verlust der Ehrenrechte den Verlust des elterlichen Erziehungsrechts enthalte, die Kinder in öffentlichen Anstalten — wie Haubold a. a. O. sie schildert — vor dem Fluche der

## § 5. Behandlung des Ueberschuldeten.

### 1. Akkord.

Nur dem Namen nach sind Moratorien aufgehoben. Gefährlicher als früher treten sie im Gewande des Akkordes wieder auf. Seitdem dieser nicht Stundung oder Zinsenersparniß, sondern regelmäßig theilweisen Erlaß der Schulden bietet, führt er in Versuchung, und verführt gar Manchen zu Mitteln, gegen welche die Versagung der Bestätigung nur unvollkommene Hülfe schafft.[294]) Von dem bedrängten Schuldner freilich ist so lange kein feines Rechtsgefühl zu fordern, als die Gesetze selbst das Rechtsgefühl erschüttern, wenn des ehrlichsten Menschen mühsam erworbenes Eigenthum, so schnell, wie ein Dukaten, zu beschneiden ist, und fremder Willkür sogar der sorgsamste Geschäftsmann sich nicht entziehen kann. Zwar sprechen die Motive[295]) die Absicht aus,

> „eine materielle Benachtheiligung der Gläubiger, welche ohne deren Schuld aus der beschränkten Dauer der Frist entstehen könnte, möglichst abzuwenden,"

und haben deshalb eine zweite Anmeldungsfrist gestattet, dennoch opfern sie die Rechte dieser Gläubiger dem Zeitgewinne von einigen Wochen.

Der Preuß. Entwurf zum Deutschen Handelsrechte bestätigt noch in den Motiven[296]) des kaufmännischen Konkurses, welcher dem preußischen fast überall, auch beim Akkorde, wörtlich nachgebildet worden,

> daß der Zwangsvergleich vom rein theoretischen Standpunkte sich nicht rechtfertigen lasse.

Vertheidigt wird derselbe, unter Hinweisung auf die gemeinrechtliche Praxis, auf Sachsen, Baden, den Würtembergischen Entwurf zum Handelsrechte, Frankreich, Holland und Belgien, hauptsächlich mit einer demselben geneigten Auffassung des Handelsstandes, daß die Nachsicht, welche des Schuldners Unglück mildern soll, dem Gläubiger von heute vielleicht schon morgen selbst zu Gute kommen werde, ferner mit der Forderung des öffentlichen Wohles, welchem der Widerspruch des Eigensinnes oder bösen Willens sich zu beugen habe.

---

bösen That geborgen werden, der Vater aber, nach seiner Entlassung aus der Strafanstalt, die Alimente für sie beschaffen müsse, — vornehmlich damit die Abnahme der Kinder keinen Anreiz zum Verbrechen biete. Diese Alimente wären meistens ohne Zwangsarbeit nicht beizutreiben.

Vergl. auch Ges. v. 11. April 1854 (G. S. S. 143) über Außenarbeit der Strafgefangenen.

294) Siegm. Meyer, die gerichtliche Bestätigung der Akkorde. Pr. Ger. Zeit. 1861 N. 1. 3.

295) S. 102, auch abgedruckt bei Koch zu Absch. 6.

296) S. 461, und Motive zur Konk. Ord. S. 104.

Die Absicht einer kaufmännischen Assekuranz läßt sich aber ohne Rechtsverletzung, und in einer allen Theilen weit ersprießlicheren Art erreichen, wenn der Gedanke des englischen Rechts Aufnahme findet, daß der Schuldner, durch strenge Strafe vor Schwindelei gewarnt, sein Schicksal, je größer seine Redlichkeit, je mehr verbessert. In dem seltenen Falle, da Jemand ohne Begehungs- oder Unterlassungssünden plötzlich arm geworden, und seinen Gläubigern auch nicht den niedrigsten Prozentsatz geben kann, gewähre der Staat, wenn er, die Kaufmannschaft, wenn diese des Unglücklichen Erhaltung wünscht, die Hülfe. Unbillig bleibt es immer, den einzelnen Gläubigern eine Wohlthat abzuzwingen. —

Die Auslegung der bestehenden Vorschrift über den Akkord ist streitig. Unerörtert bleiben kann die Ansicht, daß die Wiederholung des Akkordverfahrens auf die Fälle, welche § 187 K. O. aufführt, zu beschränken sei,[297]) weil für dieselbe das letzte Wort gesprochen ist,[298]) nicht ebenso die Meinung des Verfassers, daß der Akkordantrag, nur wenn derselbe unmittelbar nach dem ersten Prüfungstermine gestellt sei, zugelassen werden dürfe.

Eingriffe in das Eigenthum sind nur soweit zu dulden, als die Gesetze sie ausdrücklich anbefehlen. Das Wesen des Akkordes also forderte eine bestimmte Vorschrift, welche seinen Spielraum über den durch Wortverstand und Stellung im Gesetze[299]) angewiesenen Platz erweiterte, der Umstand, daß die Konkurs-Ordnung den späteren Antrag nicht verbiete, kann den Gegnern nicht zu Statten kommen. Mit Unrecht wird gegen diese Auffassung von Makower[300]) das Beispiel der Sühneversuche angeführt. Ohne Zweifel wird der Richter keinen dafür günstigen Augenblick versäumen, aber ist der Unterschied einer freiwilligen, keinen Dritten benachtheiligenden Sühne, welche der Richter doch nur anräth, von dem Zwangsvergleiche nicht ebenso zweifellos?

Daß die Entstehung des Gesetzes nicht geeignet sei, die Ansicht der Gegner zu begründen, hat Verfasser auszuführen, bereits versucht. Bei Prüfung des Bedenkens, welches aus § 189 Konkurs-Ordnung entnommen werden könnte, ist hervorgehoben, daß nach dem Vorbilde des

---

297) Gad, die Zeitgrenze des Akkordantrages bei Gruchot III S. 513 ff.

298) Makower, Studien zur K. O. S. 63. Auch Güterbock, über einige Mängel des Pr. Konk. Verf. S. 16 scheint dieser Meinung. Der Handelstag von 1860 in Berlin beschloß, eine Deklaration in diesem Sinne zu erbitten. (Verhandl. S. 64.)

299) §§ 181. 211. 337 K. O.

300) a. a. O. S. 61.

Art. 521 c. d. c. geflissentlich ein Nachtheil an die vorläufige Versetzung in Anklagestand geknüpft sei. Von solcher Absicht will Makower die Gesetzgebung, als von einem Frevel, reinigen; dieselbe Absicht aber ist unzweideutig ausgesprochen in § 193 K. O., worin es heißt:

„Das Gericht hat die Bestätigung des Akkordes zu versagen:

2) wenn gegründeter Verdacht vorhanden ist, daß der Gemeinschuldner sich der heimlichen Begünstigung eines Gläubigers vor dem andern schuldig gemacht hat, oder ein Betrug bei der Zustandebringung des Akkords begangen worden ist."

Durch Eröffnung des Konkurses erwirbt der Schuldner kein Recht auf den Akkord. Dieser muß Vertrauenssache[301]) sein. Vertrauen und Verdacht sind Gegensätze. Der Richter des Akkordes ist unabhängig von der Freisprechung des angeklagten Schuldners. Wer sich nicht gerade strafbar gemacht hat, ist noch keiner Wohlthat würdig. Hierdurch schien sogar geboten, den Antrag auf Akkord in einem Falle abzuschneiden, in welchem alle Opfer einem vergeblichen Verfahren gewidmet wären.

Das von Makower angeregte Bedenken, daß der Anfang der Liquidation, welcher, nach des Verfassers Ansicht, im abgekürzten Verfahren[302]) die Grenze des Akkordantrages (nicht des Akkordes), bilde, kein greifbarer Zeitpunkt sei, kann als entscheidend nicht betrachtet werden. Es bleibt allerdings nur übrig, den Antrag, sobald der definitive Verwalter ernannt ist, einzubringen, wie derselbe im gewöhnlichen Konkurse sofort nach Abschluß des ersten Prüfungstermines angemeldet werden muß, weil diesem der nächste Rechtsakt unverzüglich nachfolgt.[303]) Man kann nicht sagen, daß der Schuldner von der größeren oder geringeren Schnelligkeit des Verwalters abhängen werde, derselbe vermag durch eigene Umsicht sich zu schützen. Was aber wäre solches Belieben des Verwalters im Vergleiche zu des Schuldners Willkür, nach Gefallen seine Gläubiger, welche ohne ihr Verschulden den ersten Prüfungstermin nicht innehalten konnten, von dem Akkordverfahren auszuschließen?

Es ist nicht anzunehmen, daß die Verübung dieses Unrechts dem Gutbefinden des Schuldners überlassen sei, und — wie Verfasser im früheren Aufsatze bereits erwähnte — für die unbestrittene Vorschrift,[303]) daß die Theilnahme am eingeleiteten Akkordverfahren ausschließlich solchen Gläubigern zusteht, deren Forderungen bereits geprüft sind, nur der eine

---

301) Ber. d. II. K. Kommiss. zum 7. Abschn. N. 4; Siegm. Meyer a. a. O. S. 2,

302) Dasselbe gilt vom gemeinen Konkurse § 337.

303) Entsch. des Ob. Trib. vom 11. Februar 1858 Bd. 38 S. 433. Instr. zur K. O. § 31.

Rechtsgrund denkbar, daß jeder prozessualische Akt die gesetzlich bezeichnete Stelle zu bewahren habe.

2. Unterstützung.

Bis zum Zusammentritte der Gläubiger genießt der Schuldner die Wohlthat des § 162 K. O.:

„Dem Gemeinschuldner muß auf seinen Antrag aus dem Vermögen, welches derselbe erst nach der Konkurseröffnung erlangt, eine Unterstützung zu seinem Unterhalt und zum Unterhalte seiner Familie gewährt werden.

Ueber den Antrag des Gemeinschuldners und über den Betrag der Unterstützungssumme wird von dem Gericht auf gutachtliche Aeußerung des einstweiligen Verwalters durch Beschluß entschieden &c."

Ueber die endgültige Regelung verordnet § 224:

„Dem Gemeinschuldner kann auf dessen Antrag und nach Anhörung der Gläubiger eine Unterstützung zu seinem Unterhalt und zum Unterhalt seiner Familie gewährt werden.

Die Vernehmung der Gläubiger findet in dem Termine statt, in welchem die Vorschläge wegen Bestellung des definitiven Verwaltungspersonals gemacht werden.

Ueber die Gewährung der Unterstützung, sowie über den Betrag und die Dauer derselben, wird von dem Gericht auf gutachtliche Aeußerung des definitiven Verwalters durch Beschluß entschieden; die Dauer der Unterstützung darf nicht den Zeitraum eines Jahres und in allen Fällen nicht die Dauer des Konkurses übersteigen."

Die Motive des Preußischen Entwurfes zum Handelsr. sagen bei dem wörtlich gleichlautenden Art. 887:

„Die Gläubiger können billig erwarten, daß sie über den Anspruch des Gemeinschuldners gehört werden, bevor der Masse die Last der Unterhaltung des Schuldners ferner auferlegt, und dadurch die Befriedigung der Gläubiger geschmälert wird."

Dessenungeachtet werden, obwohl nichts hinderte, den vorläufigen Zustand bis zum Schlusse des zweiten Prüfungstermines bestehen zu lassen, die entfernteren Gläubiger — wiederum ohne ihr Verschulden — übergangen. Jetzt müssen deren Rechte vom Gerichte wahrgenommen werden. Aber die Motive haben nicht deshalb die endliche Festsetzung dem Beschlusse des Konkursgerichtes vorbehalten, sondern damit dieses:

„zwischen dem Gemeinschuldner und der Gläubigerschaft eine Entscheidung treffe."

Mit Recht erachtet Koch es dem Berufe der Gerichte nicht entsprechend, den Gläubigern einen „Liberalismus" aufzubürden.[304])

Die Wirkung der bestehenden Vorschrift anschaulich zu machen, scheint der folgende Fall geeignet:

---

304) Der in den Motiven in Bezug genommene Art. 530 c. d. c. geht lange nicht so weit.

Dem Schuldner war eine Unterstützung von einem Thaler täglich auf ein Jahr bewilligt. Im zweiten Prüfungstermine machten ihm einige Gläubiger den Vorwurf, daß er zu viel Champagner tränke. Seine Entgegnung: „Habe ich ihn denn bezahlt?" zeigte ihn in keinem günstigen Lichte, veranlaßte aber die Gläubiger nicht, sich für Entziehung der zugestandenen Unterstützung auszusprechen, und ohne Antrag hielt das Gericht sich nicht ermächtigt, in die Frage einzugehen, ob der frühere Beschluß geändert werden könnte. Die Zulässigkeit der Aenderung erscheint nicht zweifelhaft. Ein Vertrag, aus welchem der Schuldner ein Recht erworben hätte, ist, selbst wenn alle Gläubiger gehört, und für die Unterstützung aufgetreten wären, nicht vorhanden, denn unabhängig von den Gläubigern entscheidet das Gericht. Dessen Beschluß, an kein geregeltes Verfahren gebunden, kann nicht in Rechtskraft übergehen.

Der Masse fehlten Baarbestände. Als dieselben so weit flüssig wurden, daß eine Befriedigung der Massegläubiger erfolgen konnte, entstand die fernere Frage, ob auf den bisher ungedeckten Theil der Unterstützung eine Zahlung geleistet werden dürfte? Auch diese Frage war zu bejahen. Die laufenden Beträge der Unterstützung sind zweifellos als Masseschulden zu betrachten. Von den rückständigen muß dasselbe gelten, wenn auch inzwischen das „Gnadenjahr" verstrichen ist, und während dessen der Schuldner gelebt hat. Diesem war allerdings kein unabänderliches Recht verliehen, doch wurde, so lange der Beschluß bestand, der Masse eine Verpflichtung auferlegt. Ihr entspricht nunmehr, nachdem der Gerichtsbeschluß die einzelnen Zahlungstermine überdauert, eine unbedingte und fällige Forderung. Eine Aufhebung des Beschlusses mit rückwirkender Kraft ist unzulässig. Auch konnte nicht einmal erwiesen werden, daß der Schuldner ohne die Unterstützung gelebt. Ersichtlich war das Gegentheil, so weit der Schuldner sein Anrecht veräußert und vom Entgelte seinen Unterhalt bestritten hatte. — Hiernach waren die Zessionare und der Schuldner mit den Restbeträgen der Unterstützung zu befriedigen.[305])

### 3. Anreiz zur Ehrlichkeit.

#### a. Verhaftung.

Weil die Verhaftung des Schuldners, zur Vermeidung von Härten gegen den rechtlichen Mann,[306]) nicht unbedingt geboten, sondern abge-

305) Daß bei Unzulänglichkeit der Masse die Gläubiger nach dem Rangverhältniß im Konkurse zu betheiligen, erschien nicht zweifelhaft. Vgl. Koch n. 84 zu § 45.

306) Bereits bei Berathung der K. O. wurde als Beispiel angeführt, daß der Schuldner die Frist zur Anmeldung der Zahlungseinstellung mit Versuchen eines Vergleichs verloren habe.

sehen von einzelnen Fällen dem vernünftigen Ermessen[307]) des Gerichts überlassen ist, befördert sie die Ehrlichkeit. Doch ist diese Wirkung nicht allzugroß.[308]) — Der Schuldner, der mit schlauer Vorsicht das Vermögen seiner Gläubiger für sich beseitigt, beklagt nicht die Entbehrungen von wenigen Wochen. Dann entsteht bereits die Frage, ob die Haftkosten nicht weggeworfen seien.

b. Strafen.

Die Strafrechtstheorien[309]) streiten über den Zweck der Strafe. Daß dieselbe eine Abschreckung, und damit einen Antrieb zur Rechtschaffenheit bewirke, wird zugegeben werden. Diesem Antrieb hält jedoch die Größe des verbrecherischen Erfolges die Wage. Der Gewerbsmann, der im Kredite seine Lebensluft empfängt, kann aus dem übermäßigem Verbrauche mehr unerlaubten Vortheil ziehen, als wer denselben nur gerade zur Erholung aufsucht, und beschränkt genießt. Hierdurch erklärt sich, daß das Strafgesetzbuch nur Handelsleute, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer den schärferen Strafen des Bankerutts unterwarf, für andere Personen aber die allgemeinen Vorschriften (wegen Betruges) ausreichend fand.[310]) Nicht festzuhalten war solcher Unterschied bei den neuen Strafen, welche die Konkursordnung gegen den Schuldner, der willkürlich einen Gläubiger begünstigt,[311]) und gegen den Gläubiger, der sich eine Begünstigung bedungen,[312]) einführte, denn diese Unredlichkeiten fallen nicht unter die allgemeinen Strafgesetze, und konnten, wenn beim kaufmännischen Konkurse strafbar, nicht beim gemeinen straflos bleiben. —

Die Vorschrift des § 307 K. O., welche, als Rest einer Strafbestimmung des rheinischen Rechts,[313]) die unvorschriftsmäßige Anzeige von der Zahlungseinstellung allein bei Aktiengesellschaften unter Strafe stellte, „weil bei diesen die Unterlassung der Bekanntmachung zu einem Mißbrauch der staatlichen Sanktion und einer Täuschung des Publikums, insbesondere beim Verkehre mit den Aktien führe," wurde von der ersten Kammer gegen den Einwand, man müsse das Vorsteheramt bei Aktiengesellschaften nicht erschweren, im Einverständnisse mit den zugezogenen Sachverständigen angenommen, von der Kommission der zweiten Kammer

307) Berichte der beiden Kammerkommiss. zu § 188 des Entw.
308) Andere Wirkungen gehören nicht hierher.
309) Heffter, Lehrbuch des Strf. R. § 4.
310) Beseler, Komment. zu §§ 259 ff. St. G. B.
311) §§ 308. 340. K. O. Franz. Fallim. Ges. 1838 Art. 585.
312) §§ 309. 341. K. O. Einf. Ges. z. Str. G. B. Art. XII.
313) Art. XII a. a. O.

aber zur Annahme nur empfohlen, weil der Schlußsatz sie unschädlich mache:

„Die Strafe ist ausgeschlossen, wenn die Vorsteher oder Liquidatoren nachweisen, daß die vorschriftsmäßige Anzeige ohne ihr Verschulden unterblieben."

Der bei Eröffnung des Konkurses erforderlichen Feststellung, ob der Schuldner „Kaufmann"[314] sei, dürfte für alle bei dem Konkurse sich entwickelnden Rechtsfragen, auch soweit dieselben das Strafgericht zu lösen hat, gesetzliche Geltung zu verschaffen sein.

Das richterliche Ermessen ist nicht abgeschnitten durch die Begriffsbestimmung des Handelsrechts:

Art. 4. „Als Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist anzusehen, wer gewerbsmäßig Handelsgeschäfte treibt"

und deren Erläuterung in Art. 271. 272, insbesondere lassen sich widersprechende Annahmen des Konkurs- und Strafrichters, welche bisher bei „Fabrikbesitzern" hervortraten, bei Anwendung des Art. 272 erwarten:

„Handelsgeschäfte sind ferner die folgenden Geschäfte, wenn sie gewerbsmäßig betrieben werden:

1) die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung beweglicher Sachen für Andere, wenn der Gewerbebetrieb des Uebernehmers über den Umfang des Handwerks hinausgeht.

Den Grundsätzen des Strafrechts entspricht es nicht, den Angeklagten für eine fremde Handlung verantwortlich zu machen, dennoch war bereits eine Abweichung geboten beim Rückfall, für welchen die frühere Verurtheilung des Angeklagten, auch wenn dieselbe augenfällig auf einem Irrthum beruhen sollte, maßgebend bleibt.[315] Dem Staate kann die Befugniß nicht abgesprochen werden, nach seinem Bedürfniß die Geschäfte der Behörden zu vertheilen. Der Schuldner hat beim Konkursgerichte, besonders einem Handelsgerichte, Gewähr genug, daß seine Verhältnisse nicht falsch beurtheilt werden, und die Vertheidigung ist ihm nicht abgeschnitten. Mit der Tragweite des Beschlusses bekannt,

---

314) Nach Art. 18. 31 des Einführungsgesetzes zum Handelsges. Buch (dessen Entwurf vorliegt, vergl. den Abdruck in Pr. Ger. Z. 61 S. 115. 116) wird in Konkursordnung und Strafrecht künftig an Stelle der Begriffe Handelsmann, Schiffsrheder und Fabrikbesitzer der Begriff Kaufmann treten.

315) Damit ist nicht gesagt, daß wenn der frühere Richter irrthümlich Diebstahl im ersten Rückfall angenommen, nunmehr § 219 St. G. B. angewendet werden müßte. Ueber das Verhältniß der früheren Verurtheilungen zu einander ist im § 219 nichts gesagt. Wissenschaft und Praxis fordern das Verhältniß des thatsächlichen Rückfalles. Weiter, als ausdrücklich vorgeschrieben, kann die Handlung des früheren Richters dem Angeklagten bei Beurtheilung des jetzigen Falles nicht angerechnet werden.

wird er dem Konkursgerichte die Umstände, welche der Eröffnung des kaufmännischen Konkurses entgegenstehen, anzeigen, und jeden durch Versäumniß, z. B. in Folge seiner Flucht, verschuldeten Nachtheil zu tragen haben, aber auch in diesem Falle noch vermittelst der Anfechtungsklage[316]) sich Gehör verschaffen können.

c. Entschuldbarkeit.

Aus einer Wohlthat zur Pflicht geworden, hat die Güterabtretung bereits im rheinischen Rechte[317]) nur in sofern noch Bedeutung, als deren getreue Erfüllung den durch Unglücksfälle verarmten redlichen Schuldner vom Personalarreste befreit. Die Preuß. Konkurs-Ordnung verwies den Namen mit der Sache in die Rechtsgeschichte, indem sie den darin noch liegenden Gedanken zurückbehielt, daß dem Schuldner die Befreiung vom Personalarreste als ein Preis der Ehrlichkeit bewilligt werde, die Zusprechung desselben aber zweckmäßig bis zur Schlußvertheilung aufschob.[318])

Die Gläubiger sind nur zu hören, das Gericht entscheidet über die Entschuldbarkeit.[319]) Den Beschluß bekannt zu machen, ist nicht vorgeschrieben. Angemessen scheint die Praxis einiger Gerichte, nur die vom Gesetze als Ausnahme behandelte Entschuldbarkeit, und zwar in

316) Durch Streichung der im Regierungsentwurfe zur Konk. O. (§ 119) enthaltenen Anfechtungs-Befugniß Seitens „jedes Anderen, der ein Interesse bei der Sache hat,“ zufolge Kommissionsvorschlages der zweiten Kammer und durch Annahme des Amendements der ersten Kammer, wonach unter den Voraussetzungen des gemeinen Konkurses der Ehefrau ein Vorrecht zusteht, ist eine wesentliche Lücke in das Gesetz gekommen. Hiernach erschien das Urtheil des K. Appell. Ger. Glogau begründet, welches eine mitten im kaufmännischen Konkurse gegen den Verwalter gerichtete Klage der Ehefrau auf Anerkennung ihres Vorzugsrechtes abwies. Die abweichende Ansicht des K. Ob. Trib. im Erk. v. 11. Januar 1859 (Strieth. Archiv Bd. 32 S. 1[illegible]) — darauf beruhend, daß von dem Vorrecht ein Mittel zu dessen Verfolgung untrennbar sei, und das Zusammentreffen der bei dem Vorrecht und beim kaufmännischen Konkurse aufgeführten Kategorien nicht entgegenstehe, — führt zu folgendem bedenklichen Resultate: den andren Gläubigern gegenüber würde der kaufmännische Konkurs bestehen, der Ehefrau gegenüber nicht, obwohl die beiden Arten des Konkurses einander ausschließen (§ 319). Ueberdies lag ein Antrag auf gemeinen Konkurs nicht vor, und dessen Voraussetzung — die Insolvenz — war nicht erwiesen, somit, wenn kein kaufmännischer Konkurs, überhaupt noch keiner vorhanden, unerachtet des thatsächlichen Streits der Gläubiger um ihre Vorzugsrechte.

317) c. c. 1265 ff., c. d. p. 898 ff., c. d. c. 531, 568 ff.

318) Motive zur Konk. Ord. S. 125, zum Handelsges. S. 507.

319) § 280 Konk. O.

Anschluß an die Beendigung des Konkurses, zu veröffentlichen. Kein Schuldner kann sich hier beschweren, daß seiner Ehre zu nahe getreten sei, und die geringen Mehrkosten werden den Gläubigern besondere portopflichtige Fragen sparen.

4. Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

Kaufmännischen Statuten, dem rheinischen und vielen auswärtigen Gesetzen gemäß, ist eine Heilung des Ehrenmangels, welcher den Schuldner bei Eröffnung des Konkurses trifft,[320] — eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand — an den Nachweis geknüpft,

daß sämmtliche Forderungen der bisherigen Gläubiger an Kapital, Zinsen und Kosten vollständig getilgt seien,

im Falle des Akkordes aber, abweichend vom rheinischen Recht, dahin erleichtert, daß nach der rechtskräftigen Bestätigung desselben, der Schuldner, damit er in seinem Geschäft verbleibe, wieder auf der Börse erscheinen, und zu den übrigen verlorenen Rechten, besonders der kaufmännischen Korporation, nach Umständen auch ohne jenen Nachweis gelassen werden darf.

Die Motive zum Preußischen Entwurf des Handelsrechts tadeln den Würtembergischen Entwurf und dessen Quelle, das spanische Handelsrecht, daß bis zur Wiedereinsetzung der Schuldner von seinem Gewerbebetriebe ausgeschlossen bleibe, und deshalb nur in seltenen Fällen die Mittel finden werde, die nachzuweisende Befriedigung seiner Gläubiger zu bewirken.

Derselbe Einwand erhob sich gegen die Preuß. Konkurs-Ordnung in der Kommission der zweiten Kammer, doch wurde mit Recht entgegnet, daß die bessere Lage, in welche den Schuldner der Akkord versetze, den wirklich achtungswerthen Mann genügend sichere.

Der weise Gedanke des Gesetzes, die Ehre nach der Treue in der Pflichterfüllung zu bemessen, darf nicht abgeschwächt und nicht erschüttert werden. Das Wohl des Staates fordert, daß derselbe vielmehr auf jedes Schuldverhältniß durch die Prozeßgesetze erhöhten Einfluß übe. —

---

320) §§ 310 ff. K. O. Die anderen Nachtheile, welche der Kritar nach Pr. Rechte erleidet, sind in den Motiven zur Konk. Ord. S. 130, abgedr. bei Koch zu § 310 u. zum Pr. Entwurf des Hand. R. S. 519, zusammengestellt.

## Nr. 13.

## Ist § 395 der Konkurs-Ordnung auch alsdann zur Anwendung zu bringen, wenn diejenigen Grundstücke, auf welchen dieselbe Forderung ungetheilt haftet, verschiedenen Personen gehören und nur eins derselben zur Subhastation steht?

Von dem Gerichts-Assessor Fülleborn in Culm.

---

Die Konkurs-Ordnung bestimmt im § 395:

„Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehreren Grundstücken haftet, so kommen die für diesen Fall im Konkurse gegebenen Vorschriften (§ 56) zur Anwendung."

Der angegebene Paragraph lautet:

„Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehreren, zur Konkursmasse gehörigen Grundstücken haftet, so ist bei Vertheilung der Kaufgelder nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

1. Der Gläubiger ist berechtigt, sich an die Kaufgelder jedes einzelnen Grundstücks wegen seiner ganzen Forderung zu halten.
2. Kommen die Kaufgelder aller oder einiger Grundstücke gleichzeitig zur Vertheilung, so müssen von der Masse eines jeden dieser Grundstücke die der Forderung vorgehenden Posten abgerechnet und die verbleibenden Reste der einzelnen Massen zusammengerechnet werden; nach dem Verhältniß dieser Summe zu den einzelnen Masseresten ist alsdann die Forderung aus den einzelnen Massen antheilig zu berichtigen. Sind die Grundstücke nur nach einem Gesammtgebote zugeschlagen, so werden die Taxwerthe der einzelnen Grundstücke der Berechnung zum Grunde gelegt.
3. Erfolgt die Vertheilung der Kaufgelder eines oder einiger Grundstücke früher, als die der übrigen, so wird von den Kaufgeldern der letzteren so viel auf die Forderung vertheilt, als daraus bei gleichzeitiger Vertheilung der Kaufgelder sämmtlicher verkauften Grundstücke auf die Forderung gefallen sein würde (Nr. 2). Der ermittelte Antheil kommt, nach Befriedigung der Forderung, den Gläubigern zu gut, welche auf den Grundstücken, deren Kaufgelder früher vertheilt worden sind, hinter der Forderung eingetragen waren und einen Ausfall erlitten haben. Dieser Anspruch der ausgefallenen Gläubiger ist sogleich nach jeder früheren Kaufgeldervertheilung in das Hypothekenbuch der übrigen Grundstücke bei der Forderung von Amtswegen einzutragen."

Im § 56 ist vorausgesetzt, daß die Grundstücke zu derselben Konkursmasse gehören, d. h. daß sie demselben Konkursiser gehören und zur Subhastation stehen. Es fragt sich nun, ob diesen Bestimmungen analog

zur Anwendung des § 395 ebenfalls gefordert werden muß, daß die conjunctim verhafteten Grundstücke demselben Subhastaten gehören und zur Subhastation stehen?

Dies wird m. E. im Widerspruche mit den vom Herrn Kreisrichter Möllenhoff in der Abhandlung: „Der Regreßanspruch aus bezahlten Korrealhypothekenforderungen und dessen Behandlung in der Subhastation“ (in diesen „Beiträgen“ II Jahrgang S. 161 ff.) und vom Herrn Appellationsgerichts-Rath Roloff in der Abhandlung: „Ueber das hypothetische Korrealverhältniß zwischen mehreren Grundstücken, auf denen eine Forderung conjunctim eingetragen ist und die Verfolgung der angeblich daraus entspringenden Ansprüche“ (Preußische Gerichts-Zeitung von Hiersemenzel II. Jahrgang Nr. 12 S. 45, 46) entwickelten Ansichten verneint werden müssen.

Zuvörderst handelt es sich hierbei um die Frage, ob durch die Bestimmungen der § 56 und 395 K. O. eine neue durchgreifende Theorie der Korrealhypotheken eingeführt oder ob jene Bestimmungen nicht vielmehr nur Konsequenzen des bereits vor Erlaß der Konkurs-Ordnung geltenden Rechtes sind?

Jedem Hypothekengläubiger, gleichviel an welcher Stelle er eingetragen steht, ist das ganze Grundstück und nicht etwa derjenige spezielle Theil desselben verpfändet, welcher in der Reihe der Hypotheken durch die für ihn erfolgte Belastung des Grundstücks repräsentirt wird, so daß unter den sämmtlichen Hypothekengläubigern eines Grundstücks in Bezug auf das verpfändete Grundstück eine communio besteht. Dies ergiebt sich unzweifelhaft aus den Bestimmungen der §§ 443, 467 Tit. 20 Th. I A. L. R. und aus dem Rechte jedes postlozirten Gläubigers, ihm vorstehende Hypotheken der Richtigkeit, Höhe und Priorität nach anzufechten (Plenar-Beschluß des Ober-Tribunals vom 19. September 1845, Entsch. B. XI S. 47 f.). Verkaufen die Gläubiger, um diese communio aufzulösen, das Grundstück in nothwendiger Subhastation, so sind die vom Adjudikatar bezahlten Kaufgelder Eigenthum des Subhastaten und jedem Hypothekengläubiger ganz verpfändet. Die Bezahlung einer Post erfolgt mithin von sämmtlichen Gläubigern, gemeinschaftlich mit dem Subhastaten, und bewirkt, daß dieselbe durch cessio necessaria auf die communio übergeht. Ist diese Forderung auf mehreren Grundstücken ungetheilt eingetragen (Korrealhypothek), so kann die communio, ehe sie Zahlung leistet, ausdrückliche Cession der ohne dieselbe nicht übergehenden Pfandrechte (§ 48 Tit. 16 Th. I A. L. R.) verlangen (§ 50 ibid. § 442, 443 Tit. 11 Th. I A. L. R.). Die auf dem subhastirten Grundstücke eingetragenen Forderungen müssen nun, da das Grundstück dafür

nicht mehr verhaftet ist, zur Löschung gebracht werden. Auf den übrigen, für die Korrealhypothek mit verhafteten Grundstücken dagegen bleibt die Forderung nach wie vor bestehen und würde die communio dieselben, ebenso wie der Cedent, für die ganze Forderung in Anspruch nehmen können, wenn derselben nicht hinsichtlich dieser Forderung ebenfalls Verpflichtungen oblägen. Diese Verpflichtungen sind nach den unter den Besitzern der verhafteten Grundstücke bestehenden Verträgen resp. nach den in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils obwaltenden besondern Verhältnissen zu beurtheilen (§ 443, 444 Tit. 5 Th. I A. L. R.).

Die zu berücksichtigenden Fälle, bei denen vorausgesetzt wird, daß die communio die Hypothekenrechte des Korrealgläubigers durch ausdrückliche Cession erworben hat, sind folgende:

1. Es haben zwei Besitzer ihre Grundstücke für dieselbe ungetheilte Forderung verpfändet. In diesem, selten vorkommenden, Falle wird das Beitragsverhältniß der Grundstücke in der Regel durch Vertrag festgesetzt sein und kann die communio natürlich das zweite Grundstück nur auf Höhe des von ihr über dies Verhältniß hinaus gezahlten Betrages in Anspruch nehmen, da sie bis dahin nur eine eigene Verbindlichkeit erfüllte. Ist dagegen dies Verhältniß durch Vertrag nicht festgesetzt, so greift das unter 2 Gesagte Platz.

2. Ein Besitzer hat zwei ihm gehörige Grundstücke für dieselbe ungetheilte Forderung verpfändet. Entweder hat der Besitzer bei der Verpfändung bestimmt, in welchem Verhältnisse jedes Grundstück verhaftet sein soll (wodurch natürlich an den Rechten des Korrealgläubigers, welchem jedes Grundstück für die ganze Forderung verhaftet ist und der aus jedem Grundstück eine beliebige Quote seiner Forderung verlangen kann, nichts geändert wird), oder er hat dies nicht gethan.

A. Im ersten Falle ist die communio durch diese Bestimmung unbedenklich gebunden. Ebensowenig kann auch der Besitzer dies Beitragsverhältniß einseitig verändern, sobald auf den verpfändeten Grundstücken hinter der Korrealhypothek neue Forderungen eingetragen sind. Diesen hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubigern gegenüber ist das Grundstück kontraktlich nur für die der Korrealhypothek vorgehenden Forderungen und für die Summe, welche dasselbe nach der Bestimmung des Besitzers zur Bezahlung der Korrealhypothek beitragen soll, verhaftet, wenn sie sich auch gefallen lassen müssen, daß der Korrealgläubiger, von seinem Rechte Gebrauch machend, die Bezahlung seiner ganzen Forderung aus dem ihnen verhafteten Grundstücke verlangt und es ihnen überläßt, den zu viel gezahlten Betrag aus den mitverhafteten

Grundstücken zu erfordern. Nur mit ihrer Einwilligung kann der Besitzer ihre Beitragspflicht erhöhen. Das Gleiche gilt vom Korrealgläubiger. Entläßt derselbe ein ihm mitverhaftetes Grundstück, ohne Einwilligung der auf den andern mitverhafteten Grundstücken hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger, so wird dasselbe ihm gegenüber allerdings frei, nicht aber gegenüber diesen Gläubigern, da derselbe ihren Rechten nichts vergeben kann, weshalb ohne ihre Einwilligung die Löschung nicht erfolgen darf (v. d. Hagen: Hypothek des Eigenthümers; Koch: Ist die Hypothek nach Preußischem Rechte ein accessorisches oder ein selbstständiges dingliches Recht? Marienwerder, Baumann 1831 und Anmerk. 8 Abs. 2 zum Anhang § 56; Gesetzrevisor Pens. XIV. S. 159; besonders die Note und nach den Ergänzungen auch Göschel: Variae causarum figurae in den zerstreuten Blättern I S. 446. Vergleiche jedoch auch die Ministerial-Rescripte J. B. B. XIII S. 36, XLI S. 267, XLV S. 502 u. J. M. B. 1839 S. 342).

B. Im andern Falle, wenn der Besitzer ein bestimmtes Beitragsverhältniß der verhafteten Grundstücke nicht ausdrücklich festgesetzt hat, erklärt derselbe dadurch, daß das natürliche Beitragsverhältniß Platz greifen, d. h., daß jedes Grundstück in demjenigen Verhältnisse, in welchem es Sicherheit gewähren kann, dieselbe auch gewähren und damit in dem Verhältnisse der Grundstückswerthe zu einander nach Abzug der der Korrealhypothek vorgehenden Forderungen zur Bezahlung der Korrealhypothek beitragen solle. Die andere Meinung, welche die Gegner dem Besitzer unterstellen wollen, daß die Begründung eines Regresses zwischen den Gläubigern der verschiedenen Grundstücke nicht von ihm beabsichtigt werde, hat m. E. einfach die Erwägung gegen sich, daß derselbe dadurch seinen Realkredit um die mit der Anzahl der für die Korrealhypothek verpfändeten Grundstücke multiplizirte Summe der Korrealhypothekenschuld verringern würde, indem jeder nach der Korrealhypothek hinzutretende Gläubiger gewärtig sein müßte, daß der Korrealgläubiger ihm, ohne ihm einen Regreß an die mitverhafteten Grundstücke zu lassen, die volle Summe der Korrealhypothekenforderung entzieht. Diese Absicht liegt aber selbstverständlich jedem Besitzer, welcher den durch unsere mangelhafte Realkreditgesetzgebung erschütterten Realkredit zu erhöhen und nicht zu verringern beabsichtigt, durchaus fern. Sobald neue Gläubiger hinter der Korrealhypothek eingetragen sind, kann der Besitzer dies natürliche Beitragsverhältniß der Grundstücke nicht mehr abändern, da die Gläubiger unter der Voraussetzung, daß dasselbe Geltung habe, die Hypothek erworben und ein vertragsmäßiges Recht darauf haben,

daß dasselbe in Geltung bleibe. Ebensowenig vermag der Korrealgläubiger das vertragsmäßige Recht derselben abzuändern.

3. Das vorstehend Gesagte gilt auch in dem Falle, daß die Grundstücke aus dem Besitze eines Besitzers in die Hände verschiedener Besitzer übergehen oder daß ein mit einer Korrealhypothek belastetes Grundstück, durch Parzellirung, unter ungetheilter Uebernahme der Korrealhypothek, in die Hände verschiedener Eigenthümer gelangt, da die Veränderung der Eigenthümer natürlich an den wohlerworbenen Rechten der Gläubiger nichts ändern kann (cf. die oben angeführten Abhandlungen).

Die hiernach von den einzelnen Grundstücken unter einander zur Bezahlung der Korrealhypothek zu leistende Summe muß zwischen denjenigen Gläubigern, welche durch Bezahlung einer dies Beitragsverhältniß übersteigenden Summe Nachtheil erlitten, und dem Besitzer des in Anspruch genommenen Grundstücks einerseits — und den Besitzern der andern verhafteten Grundstücke und den auf denselben, hinter der Korrealhypothek, eingetragenen Gläubigern andererseits, nöthigenfalls im Wege des Prozesses festgestellt werden. Wollen die durch Zahlung einer zu hohen Summe Benachtheiligten diesen Prozeß vermeiden, weil die Subhastation der andern Grundstücke bevorsteht und sich dabei die Summe, für welche die andern Grundstücke verhaftet sind, von selbst ergiebt, so können sie ihren Anspruch protestatiwisch neben der Korrealhypothek auf den mitverhafteten Grundstücken eintragen lassen.

Diese im Wesen der Korrealhypothek liegenden Sätze wurden in den Bestimmungen der §§ 521—523 Tit. 50 Th. I A. G. O. und § 34 sq. Tit. 51 ebenda für den Fall des Konkurses und außerhalb desselben anerkannt und darin (besonders § 522 Tit. 50 Th. I G. O.) vorgeschrieben, daß dieser Regreß der Grundstücksmassen von selbst eintreten, d. h. die nach § 48 Tit. 16 Th. I A. L. R. erforderliche ausdrückliche Cession des Pfandrechts überflüssig sein solle (§ 161 Tit 50 Th. I A. G. O.). Allerdings ist der Wortlaut dieser Bestimmungen für die Ansicht, daß beide Grundstücke demselben Besitzer resp. zu derselben Konkursmasse gehören müssen, vom Ober-Tribunal aber in den Entscheidungen vom 18. Oktober 1845 (Entsch. B. 12 S. 169), vom 29. August 1849 (Entsch. B. 18 S. 473) und Präjudiz vom 9. November 1854 (B. 29 S. 463) ausgeführt worden, daß diese Bestimmungen auch außer diesem Falle, als im Wesen der Korrealhypothek liegend, Anwendung finden müßten.

Dieselben Bestimmungen sind in den §§ 56 und 395 der K. O. vom 8. Mai 1855 wiedergegeben und enthalten nur die neue Vorschrift, daß der Subhastations-Richter für Eintragung der Protestation

von Amtswegen Sorge tragen soll. Ueberdies aber ergiebt sich aus den Materialien (Goltdammer, Kommentar und vollständige Materialien zur Konkurs-Ordnung u. s. w. § 395 S. 515), daß die Gesetzgeber die durch die Erkenntnisse des Ober-Tribunals vom 29. August 1849 und Präjudiz vom 9. November 1854 aufgestellten Grundsätze als geltendes Recht auch für den Fall, daß die conjunctim verhafteten Grundstücke verschiedenen Besitzern gehören und nicht sämmtlich zur Subhastation stehen, angenommen.

Die Herren Kreisrichter Möllenhoff und Appellationsgerichts-Rath Roloff (in den vorgedachten Abhandlungen) sowie ein in der Subhastationssache von Bortoszemich an das Kreisgericht zu Culm ergangenes Rescript des Appellationsgerichts zu Marienwerder erkennen es nicht an, daß jene Paragraphen nur eine Konsequenz des Wesens der Korrealhypothek enthalten und daß die ausgefallenen Gläubiger durch Cession in die Rechte des Korrealgläubigers treten, wenn sie denselben auch unter Umständen einen persönlichen Anspruch an den Besitzer der mitverhafteten Grundstücke in gleicher Höhe, welcher denselben meines Erachtens als Hypothek zusteht, zubilligen. Von diesem Standpunkte aus muß die „neue" Theorie dieser Paragraphen strictissime interpretirt werden und gelangen die Gegner deshalb auch zu einer entgegengesetzten Antwort auf die abgehandelte Frage. In der That muß die Bestimmung jener Paragraphen den Gegnern als ein Eingriff des Gesetzes in die Rechte der auf den mitverhafteten Grundstücken hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger erscheinen, da das Gesetz ihnen in den zugestandenen Fällen zu Gunsten persönlicher Forderungen an den Besitzer des verhafteten Grundstücks die Mittel zur Befriedigung ihrer dinglichen Forderungen entzieht, indem es die bei der Subhastation des mitverhafteten Grundstücks ausgefallenen Gläubiger mit ihrem persönlichen Anspruche an der Stelle der Korrealhypothek bei den übrigen verhafteten Grundstücken zur Hebung kommen läßt.

Im Einzelnen stellt der Erstere diesen Entscheidungen des Geh. Ober-Tribunals den Einwand entgegen, daß es in die Hand des Korrealhypothekengläubigers gestellt sei, durch Entlassung der mitverhafteten Grundstücke aus der Verbindlichkeit die ausgefallenen Gläubiger um ihren Anspruch zu bringen, welche Befugniß demselben m. E., wie ausgeführt, nicht zusteht (vergl. auch v. d. Hagen und Koch an den angeführten Stellen). Ueberdies fehle es, wenn der Korrealgläubiger in der Subhastation des einen Grundstücks zu wenig liquidire, außer wenn das andere Grundstück in der Subhastation begriffen sei, an jeder Form für die Zuziehung der Interessenten und sei das Beitragsverhältniß des

§ 56 völlig unausführbar. Auch dieser Einwand kann m. E. als richtig nicht anerkannt werden. Liquidirt der Korrealgläubiger bei der Kaufgelderbelegung in der Subhastation des einen Grundstücks nur einen Theil seiner Forderung, so muß der Ueberrest von Amtswegen (§ 390 K. O.) liquidirt, der Mehrbetrag ad depositum genommen und damit nach den Bestimmungen der §§ 405 ff. verfahren werden. Die ausgefallenen Gläubiger und der frühere Besitzer des subhastirten Grundstücks einerseits und die hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger sowie die Besitzer der mitverhafteten Grundstücke andererseits, welche sich bei diesem Verfahren melden werden, müssen unter Zuziehung des Korrealgläubigers das Beitragsverhältniß der Grundstücke im Wege der Einigung resp. des Prozesses, wovon später genauer die Rede sein soll, feststellen. Ergiebt sich hierbei nun, daß der Korrealhypothekengläubiger weniger liquidirt hat, als aus der Kaufgeldermasse nach diesem Beitragsverhältnisse zu zahlen war, so wird der Ueberschuß im Depositorium zinsbar angelegt. Da aber die Depositalzinsen weniger, als die vertragsmäßigen Zinsen betragen werden, so muß dies Kapital um so viel erhöht werden, daß die Depositalzinsen davon diese Differenz ausgleichen und die Kosten decken. Der hiernach verbleibende Ueberschuß wird sofort und die zur Bezahlung der vertragsmäßigen Zinsen und Kosten zugeschlagene Summe, sobald der Korrealgläubiger das Kapital angenommen hat, an die nachstehenden Gläubiger ausgezahlt. Bei den andern Grundstücken wird neben der Korrealhypothek vermerkt, wieviel davon dem Korrealhypothekengläubiger und wieviel den ausgefallenen Gläubigern zusteht. Die übrigen Einwände fallen mit denen zusammen, welche Herr Appellationsgerichts-Rath Roloff den Gründen des Erkenntnisses des Ober-Tribunals vom 9. Juli 1859 (Striethorst B. 34 S. 168 ff.), welches die aufgestellten Grundsätze auch nach Emanation der neuen Konkurs-Ordnung als geltend aufstellte, entgegengesetzt hat.

In dem, dieser Entscheidung zum Grunde liegenden, Falle hatte die Klägerin als Hypothekengläubigerin des Gutes A. dadurch einen Ausfall erlitten, daß eine vor ihrer Forderung stehende, conjunctim auf A. und B. eingetragene Post aus der Kaufgeldermasse von A. vollständig bezahlt wurde. Nach Eintragung der im § 395 K. O. vorgeschriebenen Protestation neben der Korrealhypothek auf B. klagte dieselbe gegen den Besitzer von B. mit dem Antrage, denselben zu verurtheilen, zum Behufe der Realisation ihres Anspruches sich die Subhastation von B. gefallen zu lassen. Mit diesem Antrage ist sie und m. E. mit vollem Rechte angebrachtermaßen abgewiesen worden. Der richtige Beklagte ist einmal, wie ausgeführt, nicht der Besitzer von B. allein, sondern nur

in Gemeinschaft mit den auf B. hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubigern, überdies aber der von ihr zu stellende Antrag nicht Gestattung der Subhastation, sondern Feststellung des aus B. zur Zahlung der Korrealhypothek zu entnehmenden Betrages. Dieselbe mußte, wollte sie den aus anderen Gründen und wegen anderer Forderungen herbeigeführten Eintritt der Subhastation von B. nicht abwarten, mit dem Antrage klagen:

den Besitzer von B. und die auf B. hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger zu verurtheilen, sich die Ermittelung des Werths von B. und der Summe, für welche dasselbe zur Bezahlung der Korrealhypothek verhaftet ist, gefallen zu lassen, auch die Priorität der ermittelten Summe vor ihren Forderungen anzuerkennen.

Sind in einem solchen Falle die Parteien über den Werth des Grundstücks (z. B. letzten Erwerbspreis) nicht einig, so muß derselbe durch eine Taxe festgestellt werden. Davon kommen die zur Zeit der Klagebehändigung rückständigen Abgaben u. s. w., die der Korrealhypothek vorgehenden Kapitale nebst denjenigen Zinsen, welche bei der Subhastation zur Hebung gelangen würden, in Abzug. Sind die Parteien über diese Beträge nicht einig, so muß darüber Beweis erhoben werden. Schließlich wird die Berechnung nach § 56 K. O. angelegt und erkannt, für welche Summe das Grundstück zur Bezahlung der Korrealhypothek verpflichtet ist. Die Kosten trägt Kläger mit Ausnahme derjenigen, welche durch Beweisaufnahme über verworfene Einwände der Beklagten entstanden sind.

Da das Erkenntniß nur unter den Parteien Geltung hat, so wird dadurch an den Rechten der nicht zugezogenen Berechtigten nichts geändert, unter den Parteien aber eine endgültige Feststellung derjenigen Summe, für welche das Grundstück verhaftet ist, herbeigeführt.

Daß diese Prozedur unter Umständen lange Zeit erfordern kann, wird nicht in Abrede gestellt, sie erscheint aber durch die bestehenden Gesetze vollständig gerechtfertigt und angemessen. Der von dem Ober-Tribunal in jenem Erkenntnisse angedeutete Weg führt dagegen, wie Herr Roloff m. E. mit Recht bemerkt, unbedingt zu einer Pluspetitio und läßt überdies die hinter der Korrealhypothek eingetragenen Gläubiger, welche bei dem Verfahren ein noch größeres Interesse, als der Besitzer, haben, unberücksichtigt. Dagegen ist die Behauptung des Herrn Roloff, welche gegen die Ausführung des Ober-Tribunals, wonach die Subhastation zu dieser Feststellung als antizipirte Exekution unzulässig, gerichtet ist:

So wie daher die Abwickelung anderer Gemeinschaften die öffentliche Versteigerung der zur Gemeinschaft gehörigen Sachen und Rechte gefordert werden kann und diese den Vorzug vor jedem andern Theilungsmodus hat, so müßte ein gleiches von der hier in Rede stehenden Gemeinschaft gelten;

m. E. unrichtig. Allerdings ist der öffentliche Verkauf der gemeinschaftlichen Sache das geeignetste und im § 90 Tit. 17 Th. I A. L. R. auch das vorgeschriebene Mittel zur Auflösung der Gemeinschaft, allein das mitverhaftete Grundstück steht nicht im Miteigenthum der Gläubiger, sondern ist ihnen nur gemeinschaftlich verpfändet, dem Alleineigenthümer des Grundstücks kann aber *nicht* zugemuthet werden, die Subhastation seines Grundstücks sich eher gefallen zu lassen, als bis ihm die Mittel geboten sind, die Forderung, um deren Willen die Subhastation erfolgen soll, zu tilgen, d. h., bis er ihre Höhe kennt und bis er zu ihrer Bezahlung (nach Ablauf der Kündigungsfrist) verbunden ist.

Auch die von Herrn Roloff gegen die Wirksamkeit der Feststellung geltend gemachten Bedenken sind m. E. unbegründet. Derselbe sagt:

Angenommen zuerst: das Meistgebot hat die im Prozeß festgestellte Taxe nicht erreicht, oder die bevorzugten Realansprüche stellen sich (bei einer Subhastation von B.) als höher heraus, dergestalt, daß zur Vertheilung auf die Solidarhypothek nichts übrig bleibt. Werden die Gegner demnach behaupten können, es sei durch jenes Judikat nicht bloß formelles, sondern auch materielles Recht gesprochen, werden sie dies Ereigniß mit dem Falle in Parallele stellen wollen, wo ein Gläubiger, dem eine unbedingte Forderung zustand, mit derselben bei der Subhastation ausfällt, oder werden sie nicht zugeben müssen, daß dem materiellen Rechte nach für B. die Bedingung der Beitragspflicht gar nicht zur Existenz gelangt sei?

Angenommen andererseits: die Solidarhypothek kommt bei der Kaufgelderbelegung von B. mit einem größeren Betrage zur Hebung, als im Judikat vorausgesehen wurde und es stellt sich danach auch das Beitragsverhältniß von B. höher heraus. Wem gebührt dann das plus?

Allerdings wird die Forderung ihrer Höhe nach durch das Judikat endgültig festgestellt und wird eine unbedingte Hypothek, welcher, wie jeder andern unbedingten Hypothek, nach wie vor die bevorzugten Realansprüche vorgehen. Hierdurch erledigt sich auch die Frage: Wem das etwaige plus gebühre? Offenbar, da die Forderung definitiv feststeht,

und da der Gläubiger nur Kapital und Zinsen fordern kann, den postlozirten Gläubigern. Von einem Interimistikum ist dabei nicht die Rede.

Aus diesen Gründen glaube ich die dieser Erörterung zum Grunde liegenden Fragen bejahen zu müssen, wenn man nicht annehmen will, daß das Gesetz aus anscheinenden Billigkeitsgründen in einigen Fällen eine tief in wohlerworbene Privatrechte eingreifende, von zufälligen Umständen abhängige, Ungerechtigkeit statuirt habe.

---

## Nr. 14.

## Von den Folgen der Verpfändung mehrerer Grundstücke für ein und dieselbe Forderung.

Von E. Scheele, Rechtsanwalt in Arnsberg.

---

Wenn für eine Forderung mehrere Grundstücke verhypothecirt sind, so erstreckt sich das Recht des Hypothekengläubigers in Ansehung seiner ganzen Forderung sowohl auf alle, als auf die einzelnen Grundstücke und er kann deshalb wegen seiner ganzen Forderung sich an jedes einzelne Grundstück halten. A. L. R. I. 20 § 467 f. Streitig ist, ob diese verschiedenen für dieselbe Forderung verhypothecirten Grundstücke auch zu einander in einem Rechtsverhältniß stehen. Die Lage dieser Streitfrage hat sich wesentlich durch Bestimmungen geändert, welche in die Concursordnung vom 8. Mai 1855 aufgenommen sind und es rechtfertigt sich deshalb wohl, diese sehr wichtige Frage noch einmal zu erörtern. Auf der einen Seite wird behauptet, die verschiedenen Grundstücke ständen zu einander in einem Correalschuldverhältniß; auf der andern Seite wird ein solches und überhaupt jedes Rechtsverhältniß geleugnet.

Der Streit drehte sich vor der neuen Concursordnung hauptsächlich um die Tragweite folgender Vorschriften:

Hypothekenordnung Tit. 2 § 159.

„Sind in dem Instrument mehrere Güter zum Unterpfande verschrieben, so muß die Eintragung auf jedes Gut besonders geschehen und bei jedem Gut bemerkt werden, auf welchen andern Gütern die Post ebenfalls ingrossirt sei."

Allg. Gerichtsordnung I. 50. § 521. 522.

„Wenn ein Kreditor mit einem Kapitale auf mehrere Grundstücke zugleich eingetragen ist, so kann die Frage entstehen: nach welchen Verhältnissen er auf die Kaufgelder eines jeden derselben angewiesen werden

solle? Alsdann müssen von den Kaufgeldern eines jeden Guts die einem solchen Gläubiger vorstehenden Posten abgerechnet, die sodann von jedem übrig bleibenden Quanta addirt, die Summe davon mit der Summe seiner Forderung in Proportion gesetzt und solchergestalt dasjenige, was er von jedem der beiderlei Kaufgelder zu erhalten hat, nach der Societätsregel bestimmt werden. — —"

„Wenn jedoch in dem hier vorausgesetzten Falle das eine von den beiden Grundstücken, worauf ein solcher Gläubiger versichert ist, bald an den Mann gebracht wird, das andere aber unverkauft bleibt, so ist der Kreditor zwar berechtigt, aus den Kaufgeldern des Ersten Grundstücks, so weit dieselben auf ihn hinreichen, seine Befriedigung zu verlangen; wenn aber hiernächst das zweite Grundstück ebenfalls verkauft wird, so kommt von den Kaufgeldern desselben den auf das erste eingetragenen Gläubigern soviel zu gute, als der auf beide Güter versicherte Kreditor nach dem vorigen Paragraphen aus den Kaufgeldern des zweiten Guts erhalten haben würde, wenn selbiges zugleich mit ersterm wäre verkauft worden."

Hören wir nun zuvörderst, was zur Begründung der einen und andern Ansicht von ihren Vertretern ausgeführt wird.

von der Hagen (Arnsberger Archiv V S. 1 ff.) bemerkt: der Zweck jeder Eintragung sei, dem Rechtsverhältniß, welches eingetragen werde, dingliche Wirkungen zu geben oder zu sichern. Der unzweideutige Inhalt des im § 159 l. c. vorgeschriebenen Eintragungsvermerks besage nun:

daß die für die Forderung verpfändeten mehrern Güter hinsichtlich dieser Forderung in einem Correalschuldverhältniß stehen,

und zwar mache das Intabulat dieses auf dem Hypothekenfolio eines jeden dieser Güter erkennbar. Das Rechtsverhältniß, welchem mit seinen Folgen durch die gesetzlich vorgeschriebene Weise ein dinglicher Character beigelegt werde, sei also das Correalschuldverhältniß mehrerer Güter. Aus der sonst bekannten Natur dieses Verhältnisses seien mithin die rechtlichen Wirkungen dieses Intabulats abzuleiten.

Eine Correalobligation begründe bestimmte rechtliche Beziehungen nicht nur der correi debendi gegen den Gläubiger, sondern auch der correi debendi unter sich. Seien mehrere Subjecte durch Vertrag oder aus andern gesetzlichen Gründen einem Dritten solidarisch verpflichtet worden, so sei zwar der Gläubiger berechtigt, sich an alle correi, oder an jeden unter ihnen, den er auszuwählen für gut finde, wegen seiner ganzen Forderung oder wegen eines beliebigen Theiles derselben zu halten; er könne auch in der getroffenen Wahl variiren, den Angriff, den er gegen den einen oder andern gerichtet habe, fallen lassen und einen andern correus in Anspruch nehmen, ohne daß einer von ihnen sich auf ein beneficium divisionis oder auf einen Vergleich, Erlaß u. s. f.,

)en er einem andern correus für dessen Person bewilligt haben möchte, jegen ihn, den Gläubiger, berufen dürfe. Wohl aber gereiche jedem )er correi zum Vortheile, was einer von ihnen zur Tilgung der Ver= )indlichkeit gethan habe. Habe daher ein correus erfüllt, so seien alle jegen den Gläubiger liberirt. In einem solchen Verhältnisse nun zum jemeinschaftlichen Gläubiger ständen auch die Realverbindlichkeiten meh= erer solidarisch verpfändeter Güter nach § 468 Tit. 20 Th. I des A. L. R.

Verschieden von diesem, aber unzertrennlich mit demselben ver= )unden, nämlich in ihm seinen rechtlichen Grund findend, sei das Ver= )ältniß der mehreren correi unter sich, vermöge dessen sie, auch ohne )aß es hierzu eines besondern Vertrages bedürfe, zur Befriedigung des jemeinschaftlichen Gläubigers einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten ınd in Folge dessen auch alsdann, wenn ein correus den Gläubiger llein befriedigt hätte, ihm ihre Antheile zu erstatten verpflichtet seien. Der Grund dieser Verbindlichkeit der correi unter sich sei die Gemein= schaft, welche durch die Mitverpflichtung gegen den Dritten unter ihnen selbst entstehe.

Ein solches Verhältniß einer Gemeinschaft nun, welches sie gegen einander zur Ausgleichung verpflichte, walte zwischen den mehrern ver= pfändeten Gütern als Subjecten einer solidarischen Realverbindlichkeit )b. Das Eigenthümliche sei, daß die Besitzer dieser Güter nicht un= nittelbar für ihre Person, sondern bloß mittelbar als Besitzer der Güter ınd daher nur aus diesen, nicht aus ihrem sonstigen Vermögen den jemeinschaftlichen Gläubiger zu befriedigen verpflichtet seien, folglich ıuch nur die Güter, nicht ihre Besitzer persönlich als unmittelbare Sub= ecte der Verbindlichkeit den Beitrag unter sich aufzubringen hätten.

Dieses Rechtsverhältniß einer den Gütern solidarisch aufliegenden Realschuld, welches sie dem Gläubiger auf das Ganze, unter sich zu verhältnißmäßigen Antheilen verpflichte, erhalte durch die im § 159 vor= geschriebene Eintragung denjenigen Schutz, der nach unserer Hypotheken= verfassung erforderlich sei, damit dasselbe mit seinen dinglichen Wir= kungen seine Gültigkeit gegen jeden spätern Erwerber von Realrechten auf diese Güter behaupten könne. Und zwar beziehe sich dieser Schutz nicht bloß auf die Rechte des Gläubigers, sondern eben so sehr auf die Rechte und Verbindlichkeiten der Güter unter sich, denn der Vermerk besage nicht nur, daß dieses Gut dem Gläubiger auf Höhe seiner ganzen Forderung verhaftet, sondern auch, daß außer diesem Gute auch die übrigen Güter für dieselbe mit verhaftet seien, mache also nicht bloß das Verhältniß zum Gläubiger, sondern auch die Gemeinschaft der Güter unter sich in Ansehung der Verbindlichkeit jedem erkennbar,

umfasse mithin auch dieses ihr Rechtsverhältniß unter einander; der Gesetzgeber müsse aber dies Rechtsverhältniß gewollt haben, weil außerdem der fragliche Theil des Eintragungs-Vermerks ganz überflüssig sein würde.

von der Hagen führt nun weiter aus, nach welchen Verhältnissen die einzelnen Güter beizutragen hätten, kommt zu demselben Resultate, welches der § 521 A. G. O. I 50 ergibt und hält deshalb diese Vorschrift für ganz allgemein anwendbar, da sie ihren Grund in einem an und für sich zwischen den Gütern bestehenden, auch außer dem Concurse stattfindenden Rechtsverhältnisse habe.*)

Roloff stellt dagegen (Arnsberger Archiv XVI S. 178 ff.) folgende Sätze auf:

> Unter den Eigenthümern mehrerer für dieselbe Schuld solidarisch verpfändeter Sachen besteht keine communio, welche die Theilnehmer unter einander verpflichtet, zur gemeinschaftlichen Befriedigung des Gläubigers zu contribuiren.
>
> Für dasjenige was aus dem Vermögen des einen Pfandeigenthümers zur Befriedigung des Gläubigers hergegeben ist, kann nicht quasi ex contractu von den übrigen Pfandeigenthümern pro rata Vergütung gefordert werden.
>
> Der Pfandeigenthümer, welcher die mit einem Solidarpfandrecht versehene Forderung durch Cession erworben und seine eigne Sache liberirt hat, ist in der Geltendmachung des Pfandrechts an den übrigen verpfändeten Sachen nicht beschränkt.

und begründet solche durch Folgendes:

Die dingliche Verpflichtung der Pfandeigenthümer dem Gläubiger gegenüber habe nur ein Dulden, nicht ein Thun zum Gegenstande; die Verpflichteten müßten vermöge der Beschränkung ihres Eigenthums dem Gläubiger gestatten, die verpfändeten Sachen, deren Früchte und sonstige Accessionen zu veräußern und sich aus den Kaufgeldern Befriedigung zu verschaffen. Durch Veräußerung einer verpfändeten Sache Seitens des Gläubigers werde dessen dingliches Recht auf diese Sache unbedingt consumirt, möge die bezweckte Befriedigung erreicht werden oder nicht; dagegen habe die Veräußerung des einen Pfandes keinen unmittelbaren und nothwendigen Einfluß auf das Rechtsverhältniß zu den übrigen Pfandeigenthümern; nur wenn und soweit der Gläubiger

---

*) Gleiches führt aus das Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 18. October 1846 (Entsch. XII S. 170) und in einem Erkenntnisse vom 29. August 1849 (Entsch. XVIII S. 478).



seine Befriedigung daraus erhalte, erlösche mit der Forderung selbst mittelbar auch das accessorische dingliche Recht auf alle verpfändeten Sachen. Halte man diesen unzweifelhaften Inhalt des Rechtsverhältnisses zwischen dem Gläubiger und den Pfandeigenthümern fest, so sei zwar sehr wohl denkbar, daß nebenher unter den Pfandeigenthümern selbst ein Rechtsverhältniß bestehe, welches sie unter einander nicht bloß zur Duldung des Verkaufs der Pfänder, sondern zur gemeinschaftlichen Erfüllung der Forderung des Gläubigers behufs Einlösung der Pfänder, also zu einem Thun, verpflichte; nur sei nicht einzusehen, wie eine solche Verbindlichkeit ohne besondere causa debendi aus dem erstern davon ganz verschiedenen Rechtsverhältnisse abgeleitet werden könne; wenn mehrere dem Dritten zu einem Dulden Verpflichteten unter sich zu einem Thun verpflichtet sein sollten, so könne diese letztere Verbindlichkeit nicht füglich eine bloße rechtliche Folge der erstern sein. Die wirklichen Subjecte in unserm Rechtsverhältniß seien nicht die verpfändeten Güter, sondern deren Eigenthümer und diese seien im Verhältniß zum Gläubiger keinesweges correi debendi, da die Voraussetzungen der Correalobligation, nämlich ein obligatorisches Verhältniß, Identität der Leistung für alle Verpflichteten, und Auflösung des ganzen Rechtsverhältnisses durch Erfüllung der Verbindlichkeit Seitens des einen correus fehlten. Der im § 159 Tit. II der Hypothekenordnung vorgeschriebene Vermerk betreffe ausschließlich den Umfang des dem Gläubiger als dem ausschließlich bezeichneten Rechtssubjecte zustehenden Rechts, enthalte von einer persönlichen Verbindlichkeit der Pfandeigenthümer, zur gemeinschaftlichen Befriedigung des Gläubigers beizutragen, nichts und gebe einer solchen Verbindlichkeit auch keinen dinglichen Schutz. Die Vorschrift A. G. O. I. 50 § 520 ff. sei nur eine besondere Folge der erst durch den Concurs entstehenden Gemeinschaft und daher auch nur auf das Gebiet des Concurses zu beschränken.

Die Ausführung von Roloff hat, wie sich nicht leugnen läßt, vieles für sich. An und für sich wird dadurch, daß für eine Forderung mehrere Grundstücke verpfändet worden sind, ein Correalverhältniß nicht begründet, eben so wenig als wenn mehrere einzelne Sachen zum Faustpfande gegeben werden. Die Vorschrift der Hypothekenordnung, daß bei jedem Gute bemerkt werden solle, auf welchen andern Gütern die Post eingetragen sei, kann ein Correalschuldverhältniß, wenn es nicht sonst vorhanden, nicht schaffen und setzt solches auch nicht nothwendig voraus. Die Vorschriften der A. G. O. I. 50 § 520 ff. endlich finden ihre volle Rechtfertigung auch ohne Annahme eines Correalschuldverhältnisses. Die hypothekarischen Forderungen nämlich müssen zum

Concurse angemeldet und im Classificationserkenntnisse festgestellt werden, sie werden vorzugsweise bezahlt aus den Kaufgeldern der zur Masse gehörigen Grundstücke. Der Concurscurator veranlaßt die Subhastation und die Vertheilung der Immobiliarmasse geht vom Concursrichter aus. Da für letztern kein Grund vorliegt, wenn für eine Forderung mehrere Grundstücke verpfändet sind, nur aus den Kaufgeldern des einen Grundstückes die Forderung zu berichtigen, so waren Bestimmungen nöthig, wie viel aus den Kaufgeldern jedes einzelnen Grundstücks zur Berichtigung der Forderung verwendet werden soll. Es lag nahe, diese Bestimmungen so zu treffen, wie geschehen ist, ohne dieserhalb ein besonderes Rechtsverhältniß der mehrern Grundstücke unter sich anzunehmen. Ist es nun ausnahmsweise der Fall, daß nicht alle Grundstücke gleichzeitig subhastirt werden können, so konnte bestimmt werden, daß man mit Vertheilung der Immobiliarmasse noch warten oder auch, daß man mit der Vertheilung der vorhandenen Masse schon beginne. Die A. G. O. hat als das zweckmäßigere letzteres bestimmt. Wenn sie nun aber weiter bestimmt: daß der voreingetragene Hypothekengläubiger ganz aus den Kaufgeldern des verkauften Grundstücks befriedigt werden solle und daß wenn hiernächst auch die andern Grundstücke verkauft sind, aus deren Kaufgeldern den auf das früher verkaufte Grundstück eingetragenen Gläubigern so viel zu gute kommen soll, als der befriedigte Gläubiger hiervon erhalten haben würde, so geschieht das nicht, oder wenigstens es braucht das nicht nothwendig deshalb zu geschehen, weil die mehrern für eine Forderung verpfändeten Grundstücke in einem Correalschuldverhältniß standen, sondern es geschieht deshalb oder kann doch deshalb geschehen, weil äußere Umstände es dem Richter unmöglich machten, aus allen verpfändeten Grundstücken zu gleicher Zeit die Befriedigung der Gläubiger zu bewirken und es der Billigkeit entspricht, die durch diese äußern Umstände für die nacheingetragenen Gläubiger herbeigeführten Nachtheile zu beseitigen. Auch darauf scheint mir kein besonderes Gewicht gelegt werden zu können, daß in der Verordnung vom 28. Dezember 1840, durch welche die Hypothekengläubiger von der Einlassung in den Concurs befreit worden, bestimmt ist, daß bei Vertheilung der Kaufgelder die Vorschriften der A. G. O. I. 50 § 521 — 523 zur Anwendung kommen sollen; denn einerseits ist doch immer das Dasein eines Concurses vorausgesetzt und andererseits bedurfte es einer solchen ausdrücklichen Bestimmung nicht, wenn das Vorgeschriebene aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen folgte und bei Vertheilung der Kaufgelder in jeder Subhastation zur Anwendung kam.

Die Sachlage hat sich aber wesentlich geändert durch folgende Bestimmungen der neuen Concursordnung.

§ 56. „Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehrern zur Concursmasse gehörigen Grundstücken haftet, so ist bei Vertheilung der Kaufgelder nach folgenden Grundsätzen zu verfahren:

1. Der Gläubiger ist berechtigt, sich an die Kaufgelder jedes einzelnen Grundstücks wegen seiner ganzen Forderung zu halten.
2. Kommen die Kaufgelder aller oder einiger Grundstücke gleichzeitig zur Vertheilung, so müssen von der Masse eines jeden dieser Grundstücke die der Forderung vorgehenden Posten abgerechnet und die verbleibenden Reste der einzelnen Massen zusammengerechnet werden; nach dem Verhältniß dieser Summe zu den einzelnen Masseresten ist alsdann die Forderung aus den einzelnen Massen antheilig zu berichtigen. Sind die Grundstücke nur nach einem Gesammtgebote zugeschlagen, so werden die Taxwerthe der einzelnen Grundstücke der Berechnung zum Grunde gelegt.
3. Erfolgt die Vertheilung der Kaufgelder eines oder einiger Grundstücke früher, als die der übrigen, so wird von den Kaufgeldern der letztern so viel auf die Forderung vertheilt, als daraus bei gleichzeitiger Vertheilung der Kaufgelder sämmtlicher verkauften Grundstücke auf die Forderung gefallen sein würde (Nr. 2). Der ermittelte Antheil kommt, nach Befriedigung der Forderung, den Gläubigern zu gut, welche auf den Grundstücken, deren Kaufgelder früher vertheilt worden sind, hinter der Forderung eingetragen waren und einen Ausfall erlitten haben. Dieser Anspruch der ausgefallenen Gläubiger ist sogleich nach jeder frühern Kaufgeldervertheilung in das Hypothekenbuch der übrigen Grundstücke bei der Forderung von Amtswegen einzutragen.
4. Verlangt der Gläubiger vermöge des ihm nach Nr. 1 zustehenden Rechts, eine andere als die unter Nr. 2 und 3 vorgeschriebene antheilige Befriedigung aus einer oder der anderen Masse, so wird dadurch gleichwohl in dem Beitragsverhältnisse der einzelnen Massen unter sich nichts geändert, und es muß den Massen, welche zur Befriedigung des Gläubigers über ihren Antheil hergegeben haben, dieser Mehrbetrag aus den Massen, welche gar nichts oder weniger als ihren vollen Antheil hergegeben haben, verhältnißmäßig erstattet werden."

§ 395 im dritten Abschnitt: Von der Vertheilung der Kaufgelder bei nothwendigen Subhastationen:

„Wenn eine Forderung ungetheilt auf mehreren Grundstücken haftet, so kommen die für diesen Fall im Concurse gegebenen Vorschriften (§ 56) zur Anwendung."

Ich will diese Bestimmungen an einem Beispiele veranschaulichen.

Auf dem Grundstück A, dessen Kaufgelder 3000 Thlr. betragen, sind eingetragen 2000 Thlr. (Forderung a), 1000 Thlr. (Forderung b), 400 Thlr. (Forderung c), 300 Thlr. (Forderung d). Auf dem Grundstück B, dessen Kaufgelder 2500 Thlr. betragen, sind eingetragen 2000 Thlr.

(Forderung a), 400 Thlr. (Forderung c), 300 Thlr. (Forderung d), 900 Thlr. (Forderung e). Auf dem Grundstück C, dessen Kaufgelder 500 Thlr. betragen, sind eingetragen 400 Thlr. (Forderung c), 300 Thlr. (Forderung d), 500 Thlr. (Forderung f). Werden die Kaufgelder der Grundstücke A B C gleichzeitig vertheilt und erlangt kein Gläubiger volle Befriedigung aus einzelnen Massen, so muß

die Forderung a aus den Kaufgeldern von A und B
„ „ b „ „ „ „ A
„ „ c „ „ „ „ A B C
„ „ d „ „ „ „ A B C
„ „ e „ „ „ „ B
„ „ f „ „ „ „ C

berichtigt werden. Um die Beiträge jeder einzelnen Masse zu berechnen, sollen von der Masse eines jeden der Grundstücke die der Forderung vorgehenden Posten abgerechnet und die verbleibenden Reste der einzelnen Massen zusammengerechnet werden; nach dem Verhältniß dieser Summen zu den einzelnen Massenresten ist alsdann die Forderung aus den einzelnen Massen zu berichtigen. Es verhält sich also die Forderung zum Beitrag der Masse jedes einzelnen Grundstücks, wie sich verhalten die Summen der disponiblen Massen aller Grundstücke zu der disponibeln Masse des einzelnen Grundstückes. Für die Forderung a 2000 Thlr., welche aus den Kaufgeldern von A und B zu berichtigen ist, sind disponibel von den Kaufgeldern von A 3000 Thlr. und von B 2500 Thlr. Nennt man den zu findenden Beitrag der einzelnen Masse X, so erhält man folgende Proportion für die Kaufgeldermasse von A

5500 Thlr. : 3000 Thlr. = 2000 Thlr. : X; X also = $\frac{3000 \times 2000}{5500}$
= 1090 Thlr. 27 Sgr. 3 Pf.;

für die Kaufgeldermasse B

5500 Thlr. : 2500 Thlr. = 2000 Thlr. : X; X also = $\frac{2500 \times 2000}{5500}$
= 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf.

Es trägt also zur Berichtigung der Forderung a 2000 Thlr. bei

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| die Kaufgeldermasse von A . . . . | 1090 Thlr. | 27 Sgr. | 3 Pf. |
| „ „ „ B . . . . | 909 „ | 2 „ | 9 „ |
| Summa | 2000 Thlr. | | |

Für die Forderung c 400 Thlr., welche aus den Kaufgeldern von A B C zu berichtigen ist, sind disponibel:

von den Kaufgeldern von A

3000 Thlr. — { 1090 Thlr. 27 Sgr. 3 Pf. / 1000 Thlr. } = 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf.

von den Kaufgeldern von B

2500 Thlr. — 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf. = 1590 Thlr. 27 Sgr. 3 Pf.

von den Kaufgeldern von C — 500 Thlr.

Summa 3000 Thlr.

Man erhält also folgende Proportionen:

für Masse A

3000 Thlr. : 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf. = 400 Thlr. : X; X = 121 Thlr. 6. 4.

für Masse B

3000 Thlr. : 1590 Thlr. 27 Sgr. 3 Pf. = 400 Thlr. : X; X = 212 Thlr. 3. 8.

für Masse C

3000 Thlr. : 500 = 400 Thlr. : X; X = 66 Thlr. 20.

Summa 400 Thlr.

Für die Forderung d 300 Thlr., welche aus den Kaufgeldern von A B C zu berichtigen, sind disponibel:

von den Kaufgeldern von A

3000 Thlr. — { 1090 Thlr. 27 Sgr. 3 Pf. / 1000 Thlr. / 121 Thlr. 6 Sgr. 4 Pf. } = 787 Thlr. 26 Sgr. 5 Pf.

von den Kaufgeldern von B

2500 Thlr. — { 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf. / 212 Thlr. 3 Sgr. 8 Pf. } = 1378 Thlr. 23 Sgr. 7 Pf.

von den Kaufgeldern von C

500 Thlr. — 66 Thlr. 20 Sgr. = 433 Thlr. 10 Sgr.

Summa 2600 Thlr.

Man erhält also folgende Proportionen:

für Masse A

2600 Thlr. : 787 Thlr. 26 Sgr. 5 Pf. = 300 Thlr. : X; X = 90 Thlr. 27. 3.

für Masse B

2600 Thlr. : 1378 Thlr. 23 Sgr. 7 Pf. = 300 Thlr. : X; X = 159 Thlr. 2. 9.

für Masse C

2600 Thlr. : 433 Thlr. 10 Sgr. = 300 Thlr. : X; X = 50 Thlr.

Summa 300 Thlr.

Für die Forderung e 900 Thlr., welche aus den Kaufgeldern von B zu berichtigen ist, sind disponibel:

2500 Thlr. — { 909 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf. / 212 Thlr. 3 Sgr. 8 Pf. / 159 Thlr. 3 Sgr. 9 Pf. } = 1219 Thlr. 20 Sgr. 10 Pf.

sie wird also vollauf gedeckt.

Für die Forderung f 500 Thlr., welche aus den Kaufgeldern von C zu berichtigen ist, sind disponibel:

500 Thlr. — { 66 Thlr. 20 Sgr. / 50 Thlr. } = 383 Thlr. 10 Sgr.

Die Forderung fällt also aus mit 116 Thlr. 20 Sgr.

Erfolgte nun aber die Vertheilung der Kaufgelder von A B C nicht gleichzeitig; es kämen z. B. die Kaufgelder von B zunächst allein zur Vertheilung, so könnte von denselben

Forderung a 2000 Thlr.,
Forderung c 400 Thlr.,
Forderung d 100 Thlr.

wegnehmen. Die Forderung d fiele also theilweise, die Forderung e ganz aus; letztere Forderung hat nun gar keine Hypothek mehr; bei gleichzeitiger Vertheilung hätte aus den Kaufgeldern von B die Forderung d 159 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf., die Forderung e 900 Thlr. erhalten; erstere Forderung leidet einen Ausfall von 59 Thlr. 2 Sgr. 9 Pf., letztere von 900 Thlr. nur deshalb, weil die Forderungen a und c hier ganz getilgt werden; für den Ausfall der Forderungen d und e haftet deshalb nunmehr der Theil der Kaufgelder von A und C, welcher bei gleichzeitiger Vertheilung der Kaufgelder von A B C auf die Forderung von a und c gefallen sein würde.

Nach diesen erläuterten Vorschriften § 56 und 395 der Concursordnung ist nun so viel unzweifelhaft, daß der Gläubiger sich wegen seiner Forderung an alle oder an einzelne verpfändete Grundstücke halten, aber doch nur einmal Befriedigung verlangen kann und daß, wenn er sich an einzelne hält, die Hypothekengläubiger, welche hierdurch einen Ausfall erleiden, sich soweit an die Kaufgelder der andern Grundstücke halten können.

Könnte man nun die verschiedenen Grundstücke als eben so viele Subjecte der Schuld ansehen, so wäre dieses Rechtsverhältniß ein Correalschuldverhältniß, denn wo verschiedene Subjecte dieselbe Forderung, die der Gläubiger nur einmal zu fordern berechtigt ist, jeder ganz zu erfüllen verpflichtet sind, mit andern Worten, wo Alle für Einen und

Einer für Alle dem Berechtigten für die Erfüllung haften, unter sich aber wieder verhältnißmäßig dafür aufkommen müssen, da ist ein Correalschuldverhältniß vorhanden.

Das Pfandrecht ist nun allerdings ein dingliches Recht, aber es hat doch die Eigenthümlichkeit, daß es ein accessorisches Recht einer Forderung ist, dazu bestimmt, deren Erfüllung zu sichern und wenn man gleich nicht so weit gehen darf, dasselbe für ein dingliches Forderungsrecht zu halten, so ist doch eine gewisse Verwandtschaft mit den Forderungen nicht zu verkennen, und deshalb völlig zuläßig, zur Erklärung positiver Bestimmungen von der Annahme auszugehen, als ob das verpfändete Grundstück gleichsam das verpflichtete Subject sei*) und eine solche Auffassung liegt den Bestimmungen der §§ 56, 395 der Concursordnung zu Grunde. Denn indem dadurch, daß der Gläubiger aus einem Grundstück Befriedigung erhält, für dieses Grundstück Rechte gegen die übrigen mitverpfändeten Grundstücke erworben werden, müssen sämmtliche Grundstücke als verpflichtete Subjecte angesehen werden, weil der Erwerb der Rechte allein darin Erklärung findet, daß das eine Grundstück die Verpflichtung aller erfüllt hat. Hätten wir nur den § 56 l. c., so könnte man immerhin zugeben, daß weil im Concurse alle zur Masse gehörige Grundstücke subhastirt werden müssen, wenn äußere Umstände eine gleichzeitige Vertheilung der Kaufgelder unmöglich oder Zufälligkeiten unthunlich machen, alsdann nur die Vertheilung der Kaufgelder ausnahmsweise so vorgenommen werden solle, als ob unter den mehreren verpfändeten zur Masse gehörigen Grundstücken ein Correalschuldverhältniß bestehe. Allein da nach § 359 l. c. nach den Grundsätzen des § 56 l. c. bei Vertheilung der Kaufgelder in jeder nothwendigen Subhastation verfahren werden soll, so können in äußern zufälligen Umständen die Gründe dafür nicht mehr gefunden werden. Die Subhastation ist der einzige Modus Hypothekenrechte zu realisiren; es hängt nur von dem Hypothekengläubiger ab, ob und wann und welches Hypothekenrecht er realisiren will; es müssen also jene Grundsätze, da sie bei jeder Realisirung von Hypothekenrechten maßgebend sind,

*) Vergl. für das Römische Recht Büchel, Civilrechtliche Erörterungen II. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts II. § 303. Arndts, Lehrbuch der Pandecten § 364, insbes. Anm. 2; für das Preußische Recht von der Hagen, Arnsb. Archiv V S. 365. „Demnach braucht es nicht grade geleugnet zu werden, daß jene deutschrechtliche Ansicht von subjectiv-dinglichen Obligationen ursprünglich auf die Bildung und noch mehr auf die spätere Behandlung unseres Hypothekeninstituts ihren Einfluß geübt habe.“ Koch, Uebergang der Forderungsrechte S. 85 ff.

in dem Rechtsverhältniß selbst begründet sein; mit andern Worten, der Gesetzgeber kann jene Grundsätze nur aufgestellt haben, weil er annimmt, daß die für eine Forderung verpfändeten mehreren Grundstücke in einem Correalschuldverhältniß zu einander stehen.

Ist nun ein solches Correalschuldverhältniß wirklich vorhanden, so kann man unmöglich bei dem Buchstaben des Gesetzes stehen bleiben; man muß vielmehr auch alle die Consequenzen anerkennen, welche nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen daraus herzuleiten sind.*) Ich will im Folgenden solche Consequenzen ziehen.

1. Die Ausgleichung findet statt nicht blos unter den Grundstücken, welche zur Concursmasse gehören oder welche etwa der Subhastat von den verpfändeten Grundstücken noch besitzt, sondern unter allen verpfändeten Grundstücken, auch denen, die ein Dritter besitzt, denn alle Grundstücke sind für die Forderung verhaftet. Durch ihre Veräußerung

*) Bei Berathung der Concursordnung scheint man allerdings von andern Anschauungen ausgegangen zu sein. So heißt es im Commissionsbericht der zweiten Kammer:

Wenn eine Forderung auf mehreren Grundstücken haftet, so entstehen dadurch oft die verwickeltsten Verhältnisse rücksichtlich der Befriedigung dieser Forderung. An und für sich hat der auf mehreren Grundstücken eingetragene Gläubiger vermöge der Correalverpflichtung aller dieser Grundstücke offenbar das Recht, seine Befriedigung nach Belieben aus einem einzelnen Grundstücke oder aus allen tributarisch oder nach welchem Verhältniß er sonst will zu verlangen. Andererseits haben doch auch diejenigen, die hinter einer solchen Correalhypothek nur auf ein Grundstück eingetragen sind, ein Recht darauf, daß das Verhältniß nicht unberücksichtigt bleibt, daß die voreingetragene Forderung auch noch auf andern Grundstücken haftet. Sie können allerdings dem nicht widersprechen, daß der Gläubiger, dem mehrere Grundstücke verpfändet sind, sein Pfandrecht auf einem oder allen übrigen Grundstücken aufgibt. Aber wenn dies nicht geschehen ist und es zu einer Concurrenz oder Collision der Rechte kommt, dann können sie doch die oben erwähnte Berücksichtigung in Anspruch nehmen.

Wann aber kommt es zu einer Concurrenz oder Collision von Rechten? entweder durch die Eintragung sofort, oder durch die Subhastation und Vertheilung der Kaufgelder; wenn erst letzternfalls, so kann es aber unmöglich dazu kommen zwischen einem Gläubiger, der auf dem subhastirten Grundstücke und einem andern Grundstücke und dem Gläubiger, der auf diesem andern Grundstücke, aber nicht auf dem subhastirten Grundstücke eingetragen ist, also in dem oben gegebenen Falle zwischen den Gläubigern der Forderung a und e, wenn das Grundstück A subhastirt wird. Verlangte also der Gläubiger der Forderung a aus den Kaufgeldern von A nichts, so könnte der Ausfall, den hierdurch der Gläubiger der Forderung e später leidet, aus den Kaufgeldern von A nicht gedeckt werden, was doch schon den Worten des Gesetzes zuwider ist.

hört ihre Haftbarkeit nicht auf, sie kann dadurch nicht vermindert und nicht vermehrt werden, die Grundstücke scheiden dadurch weder zu ihrem Vortheil noch zu ihrem Nachtheil aus der Gemeinschaft, welche unter ihnen allen besteht, aus.

2. Nicht blos den nacheingetragenen Gläubigern, sondern auch den Eigenthümern der verpfändeten Grundstücke kommt die Ausgleichung zu statten. Wäre im oben gegebenen Falle z. B. das Grundstück A allein subhastirt, so würden dessen Kaufgelder durch die Berichtigung der darauf eingetragenen Hypothekenforderungen erschöpft. Wären die Grundstücke A B C zusammen subhastirt, so wären aus den Kaufgeldern von A zur Tilgung der eingetragenen Forderungen 2303 Thlr. 10 Pf. verwendet, also für den Eigenthümer 696 Thlr. 29 Sgr. 2 Pf. übrig geblieben; soviel muß ihm also auch aus den übrigen mit verpfändeten Grundstücken vergütet werden; es folgt dies mit Nothwendigkeit aus dem Correalschuldverhältniß der verpfändeten Grundstücke. Hätte der Eigenthümer von A das Grundstück vor der Subhastation noch für eine Forderung von 696 Thlr. 29 Sgr. 2 Pf. verhypothecirt, so würde unzweifelhaft für diese Forderung so viel aus den Kaufgeldern der andern Grundstücke verwendet werden. Es wäre aber doch etwas rein Willkürliches und Principloses, wenn der Eigenthümer nichts erhalten sollte, während der von ihm seine Rechte ableitende Gläubiger seine Forderung erhalten würde. Eine andere Frage ist es, ob der Anspruch des Pfandeigenthümers auch durch Eintragung in das Hypothekenbuch zu schützen ist, da das Gesetz nur bestimmt, daß der Anspruch des ausgefallenen Gläubigers in das Hypothekenbuch der übrigen Grundstücke bei der Forderung von Amtswegen einzutragen sei. Darf eine Eintragung nicht geschehen, so muß der Pfandeigenthümer einen Schutz darin haben, daß aus dem Hypothekenbuch die Mitverpfändung hervorgeht und also niemand sich mit seiner Unkenntniß des Correalschuldverhältnisses schützen kann.

3. Der Gläubiger kann zwar sein Recht auf das eine oder andere Grundstück nach Belieben aufgeben; da aber die verschiedenen Eigenthümer der verpfändeten Grundstücke so wie die nacheingetragenen Gläubiger ein wesentliches Interesse daran haben, daß für die eine Forderung die mehrern Grundstücke verpfändet sind, so können durch seine Handlung die Rechte dieser nicht aufgehoben werden. Es folgt daraus, daß die Löschung der Forderung auf dem einen oder andern Grundstücke nicht auf die bloße Bewilligung des Gläubigers hin erfolgen darf, vielmehr dazu die Einwilligung aller Betheiligten nothwendig ist.*) Ohne

*) Dasselbe nimmt an Koch Hypothekenordnung II. § 159 Note 185.

letztere mag also die Löschung, soweit das Recht des Gläubigers berührt wird, stattfinden, die Rechte der übrigen Betheiligten dürfen dadurch nicht alterirt werden. Die Löschung der Correalhypothek darf also, wie von der Hagen (a. a. O. S. 49) richtig bemerkt, nur erfolgen unter dem Vorbehalt:

daß die Befugniß der übrigen Güter, Ausgleichung aus diesem Gute zu verlangen, durch die ohne Consens der desfalsig Betheiligten erfolgte Löschung nicht aufgehoben werde.

4. Da die Eigenthümer der mitverpfändeten, nicht subhastirten Grundstücke so wie die hier nacheingetragenen Gläubiger ein wesentliches Interesse bei der Subhastation haben,*) so sind dieselben von dem Bietungstermin in Kenntniß zu setzen und es muß ihnen auch das Recht zustehen, gegen den Zuschlag Widerspruch zu erheben. Verordnung vom 4. März 1834 über den Subhastationsproceß § 9 und 12. Ob sie auch zu dem Kaufgelderbelegungstermin vorzuladen sind, kann mit Rücksicht auf § 16 ibid. zweifelhaft sein; da sie ein wesentliches Interesse in diesem Termine wahrzunehmen haben, so ist ihr Erscheinen jedenfalls zuläßig.

Gesetzt nun in unserm obigen Falle würde das Grundstück A allein subhastirt; bei der Vertheilung der Kaufgelder erklärte der Gläubiger der Forderung a, hier keine Befriedigung haben zu wollen; da derselbe nun bei der Vertheilung der Kaufgelder von B demnächst seine Befriedigung suchen wird, was zur Folge hat, daß der Gläubiger der Forderung e dort einen Ausfall erleidet, so müssen hier die Interessen dieses Gläubigers gewahrt werden. Dabei entsteht nun aber die schwierige Frage, mit wie viel kommt der Gläubiger der Forderung e zum Ansatz? Denn so lange das Grundstück B nicht subhastirt ist, kann gar nicht ermittelt werden, wie viel bei gleichzeitiger Vertheilung der Kaufgeldermassen von A und B auf die Forderung a von jeder Masse fallen würde, also auch nicht welchen Ausfall die Forderung e dadurch erleidet, daß die Forderung a allein aus den Kaufgeldern von B wird gedeckt werden.

Setzen wir ferner den Fall, das Grundstück C würde allein subhastirt, die Kaufgelder würden allein für die Forderungen c und d

*) Aus den Hypothekenbuchsauszügen, die über neue Eintragungen statt der Hypothekenscheine nach § 14 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 ertheilt werden, geht nach § 22 ibid. nicht hervor, auf welchen andern Folien die voreingetragenen Posten eingetragen sind. Der eingetragene Gläubiger kann also aus seinem Hypothekenbuchsauszuge nicht ersehen, ob für die voreingetragenen Forderungen auch andere ihm nicht verpfändete Grundstücke mitverpfändet sind, was zu wissen für ihn aber von großem Interesse ist. Die Auszüge leiden also an einem Mangel.

verwendet; die Forderung f fiele also ganz aus. Bei gleichzeitiger Subhastation der Grundstücke A B C und Kaufgelderverteilung würde sie 383 Thlr. 10 Sgr. erhalten; der Betrag, den sie bei gleichzeitiger Subhastation aller der Grundstücke aus der Kaufgeldermasse von C erhalten haben würde, muß ihr aus denjenigen Kaufgeldern von A und B werden, welche auf die Forderung von c und d gefallen wären. So lange aber die Grundstücke A und B nicht subhastirt sind, läßt sich nicht bestimmen, wie viel bei gleichzeitiger Subhastation die Forderung f erhalten haben würde. Bei den auf den Grundstücken A und B eingetragenen Forderungen c und d wird deshalb der Anspruch des Gläubigers der Forderung f etwa so eingetragen werden, die Forderungen c und d seien aus den Kaufgeldern von C berichtigt, in Folge dessen aber die Forderung f ausgefallen. Aber wenn der Gläubiger der Forderung f nun Zahlung haben will, welchen Betrag kann er fordern? oder wenn der Eigenthümer von A Zahlung leisten will, welchen Betrag muß er zahlen? Ich weiß auf diese Fragen keine befriedigende Antwort zu geben.

5. Als eine Folge des Correalschuldverhältnisses wird der Satz*) aufgestellt:

> wenn bei der Existenz mehrerer für eine und dieselbe Forderung solidarisch verpfändeter Grundstücke der Besitzer des einen derselben den gemeinschaftlichen Gläubiger befriedigt und nun den Besitzer des andern belangt, so kommt die Regel zur Anwendung, wonach mehrere Correalverpflichtete unter sich auch ohne besondern Vertrag zur Befriedigung des Gläubigers einen verhältnißmäßigen Beitrag zu leisten haben. Diese Regel erleidet dadurch keine Aenderung, daß einer der Correalverpflichteten den Gläubiger gegen jura cessa befriedigt hat; auch der Cession ungeachtet muß er sich, wenn er den andern in Anspruch nimmt, seinen eignen Antheil in Abzug bringen lassen.

Ich halte diesen Satz nicht für richtig. Hält man fest, daß das Correalschuldverhältniß der verschiedenen für eine Forderung verpfändeten Grundstücke auf der Annahme basirt, es seien die Grundstücke selbst die verpflichteten Subjecte, so muß man auch annehmen, daß diese Subjecte ihre Schuld nicht anders als mit ihrer Substanz zahlen können. Zahlt also der Besitzer eines dieser verpfändeten Grundstücke auf andere Weise als aus der Substanz, so hat nicht ein Correalverpflichteter gezahlt und es müssen jenem also rücksichtlich der gezahlten Forderung diejenigen Rechte zustehen, welche ihm überhaupt ohne Rücksicht auf ein Correal-

*) Entscheidungen des Ober-Tribunals XII S. 168.

schuldverhältniß zustehen würden; er erwirbt also nach § 52 des Anh. zum A. L. R. und der Declaration vom 3. April 1824 die durch sein Grundstück als Hypothek gesicherte Forderung und kann darüber ungeschmälert verfügen. Gegen die Besitzer der übrigen mitverpfändeten Grundstücke resp. gegen diese Grundstücke erwirbt er durch die Zahlung keine Rechte, Beweis genug, daß nicht die Besitzer der verpfändeten Grundstücke als die Correalverpflichteten angesehen werden. Eben deshalb nun aber muß auch der Besitzer eines verpfändeten Grundstücks, wenn ihm ein Hypothekengläubiger seine Rechte cedirt, diese Rechte gegen die mitverpfändeten Grundstücke ungeschmälert geltend machen können, er kann wie der Cedent selbst die ganze Forderung verlangen, ohne daß er sich einen eignen Antheil in Abzug bringen lassen müßte; die §§ 493, 494 A. L. R. I. 16. kommen nicht zur Anwendung, weil die verschiedenen Besitzer der für eine Forderung verpfändeten Grundstücke nicht als gemeinschaftlich verpflichtete Selbstschuldner angesehen werden dürfen. Die Wirkungen des Correalschuldverhältnisses äußern sich erst dann, wenn aus der Substanz des einen oder andern Grundstücks, also in einer Subhastation, die Forderung getilgt wird; was dann mehr als sein Beitrag gezahlt ist, kann bei den andern liquidirt werden. Der Besitzer des Grundstücks, welchem die Forderung cedirt war, muß demnach zwar aus den Kaufgeldern seines Grundstückes das erstatten, was sein Grundstück selbst beizutragen hat, er braucht sich aber diesen Beitrag nicht sofort kürzen zu lassen. Es kommt das nicht auf dasselbe hinaus; abgesehen von den Schwierigkeiten, die es macht, den Beitrag festzustellen, könnte der Gläubiger auch, wenn er sich den Beitrag sofort kürzen lassen müßte, nicht die ganze Forderung weiter cediren. Für den Fall, daß der Besitzer eines der mitverpfändeten Grundstücke die Forderung blos gegen Quittung zahlt, bleibt indessen noch Folgendes zu erwägen. Die Forderung ist aus den mehrern verpfändeten Grundstücken nur einmal zu decken; der Besitzer eines dieser Grundstücke, welcher Zahlung leistet, erwirbt Hypothekenrechte nur auf seinem Grundstücke; würden nun in Folge dieser Zahlung die Besitzer der andern Grundstücke die Hypothekenrechte auf ihren Grundstücken ebenfalls erwerben, so würden, wenn jeder die ganze Forderung geltend machen könnte, statt der einen Forderung aus den verpfändeten Grundstücken eben so viele Forderungen zu decken sein, als verschiedene Besitzer von verpfändeten Grundstücken vorhanden sind. Es ist klar, daß das nicht zulässig ist. von der Hagen, der in der Declaration vom 3. April 1824 unter der Form des Uebergangs des Gläubigerrechts materiell nur ein Anerkenntniß des Rechts des zahlenden Eigenthümers findet, über einen

frei gewordenen Werth seines Grundstücks zu verfügen und also nothwendig annehmen muß, daß jeder Eigenthümer der verpfändeten Grundstücke über den frei gewordenen Werth ohne Rücksicht auf die Art und Weise, wie solcher frei geworden ist, verfügen könne, kommt deshalb zu dem Resultate,*) daß der Eigenthümer eines mitverpfändeten Grundstücks, welcher Zahlung leistet und eben so jeder Eigenthümer der übrigen mitverpfändeten Grundstücke ein Hypothekenrecht erwerbe, dessen Größe oder Betrag dem Antheile oder Beitrage gleich sei, den sein Grundstück nach dem Verhältnisse aller Grundstücke unter sich zur Deckung der Forderung aufzubringen hatte. Es kann aber nicht zugestanden werden, daß die von der Hagensche Auffassung der Declaratoria richtig sei, wie denn auch das Ober-Tribunal solche im Plenarbeschluß vom 27. Mai 1839 (Entscheidungen V S. 56 ff.) reprobirt hat. Es bleibt also die Frage, ob durch die Zahlung des einen Eigenthümers eines verpfändeten Grundstücks auch die Eigenthümer der übrigen auf ihren Grundstücken Hypothekenrechte erwerben. Das Ober-Tribunal hat in seiner Entscheidung vom 7. März 1840 (Entscheidungen VI S. 127) ausgesprochen, daß ungelöschte Hypothekenrechte von dem Grundbesitzer an einen Andern auch dann abgetreten werden könnten, wenn die Zahlung nicht von dem Eigenthümer des verpflichteten Grundstücks, noch in dessen Auftrag oder Namen, sondern von einem Dritten in eignem Namen geleistet und das mit der Forderung verbundene Hypothekenrecht dem Zahlenden nicht ausdrücklich abgetreten sei. Der dafür angegebene Grund, weil das Hypothekenrecht ohne Cession nach A. L. R. I. 16 § 48 auf den Zahlenden nicht übergegangen sei und deshalb die im § 52 des Anhangs zum A. L. R. vorausgesetzte Vereinigung des Eigenthums der Hypothek mit dem Eigenthume des verpflichteten Grundstücks in einer Person wirklich eingetreten sei, ist aber nicht anzuerkennen. Denn daraus, daß der Zahlungsleister die Hypothek nicht erwirbt, folgt noch keine Vereinigung derselben mit dem Eigenthume des Grundstücks. Das Ober-Tribunal hat denn auch in seiner Entscheidung vom 5. Juni 1855 (Entscheidungen XXX S. 441) angenommen, daß der Besitzer, wenn nicht er zahlt, das Hypothekenrecht auch nicht erwerbe. Treten nun also die nichtzahlenden Besitzer von mitverpfändeten Grundstücken zu der Forderung in kein Gläubigerverhältniß, so kann auch eine Rücksicht auf sie nicht zu der Annahme nöthigen, daß der zahlende Besitzer durch die Zahlung nicht die ganze Forderung erworben habe.

*) von der Hagen a. a. O. S. 41.

# Rechtsfälle.

## Nr. 10.

### Wer die Vermittelung von Geschäften, ohne Erlaubniß der Polizeiobrigkeit dazu, gewerbmäßig übernimmt, kann selbst vorbedungene und abverdiente Kourtagen nicht einklagen.

Ein Rechtsfall, mitgetheilt von dem Tribunals-Rath Dr. Reusch in Königsberg in Pr.

Ein ehemaliger Kommissionär hatte den Auftrag eines Gutsbesitzers, den Verkauf dessen Guts gegen eine Kourtage von 220 Thlr. zu vermitteln, angenommen und angeblich auch ausgeführt, daher er nunmehr die vorbedungene Kourtage einklagte. Der beklagte Gutsbesitzer erhob vor Allem den Einwand:

> daß der Kläger zu Vermittelungsgeschäften nicht mehr konzessionirt, die Uebernahme jenes Verkaufs also für ihn eine unerlaubte Handlung gewesen sei, aus welcher er keinerlei Rechte erwerben, also auch die Kourtage nicht einklagen könne.

Die vorgelegten gerichtlichen Untersuchungs- und die Polizeiakten ergaben auch, daß dem Kläger die Befugniß zu seinem früheren Gewerbe aberkannt und in Folge dessen die Konzession entzogen, ja daß er seitdem schon mehrfach wegen unbefugter Fortsetzung des Gewerbes, zuletzt mit 200 Thlr. Geldbuße, bestraft war. Dennoch verwarf der erste Richter den obigen Einwand,

> weil die Uebertretung der Gewerbe-Ordnung § 49 nach § 177, 178 eben nur zu neuen Strafen führe, nicht aber den Verlust der abverdienten Kourtage nach sich ziehe.

Entgegengesetzter Ansicht war das Ostpreußische Tribunal und wies daher auf die vom Beklagten eingelegte Appellation die Kourtageforderung des Klägers zurück.

Gründe. Das A. L. R. I. 5 verordnet:

§ 68. „Verträge über unerlaubte Handlungen gelten eben so wenig, als über unmögliche.“

§ 69. „Kann jedoch von dem entgegenstehenden Verbotsgesetze Dispensation stattfinden, so gilt von solchen Verträgen eben das, was von Verträgen über Sachen, welche dem Verkehr entzogen sind, vorgeschrieben ist.“

Aus diesen Bestimmungen ergiebt sich einerseits, daß Verträge über unerlaubte Handlungen in der Regel nichtig sind (cf. ibid. § 51), andererseits, daß unter einer unerlaubten jedwede Handlung verstanden wird, welche einem Verbotsgesetze zuwiderläuft, mag dasselbe zum Schutz der guten Sitte oder des öffentlichen Interesses ergangen sein. A. L. R. Einl. § 87. In diesem Interesse verordnet aber die Gewerbe-Ordnung vom 17. Januar 1845:

§ 49. „Schlossern, Pfandleihern, sowie denjenigen, welche mit alten Kleidern rc. handeln, ferner denjenigen, welche aus Vermittelung von Geschäften oder Uebernahme von Aufträgen rc. für Andere ein Gewerbe machen rc., ist der Gewerbebetrieb erst dann, wenn sich die Behörden von ihrer Unbescholtenheit und Zuverlässigkeit überzeugt haben, zu gestatten. Diese Erlaubniß ist in den Städten bei der Polizeiobrigkeit rc. nachzusuchen."

§ 177. „Wer den selbstständigen Betrieb eines Gewerbes, zu dessen Beginn eine besondere polizeiliche Genehmigung rc. erforderlich ist, ohne die vorschriftsmäßige Genehmigung beginnt oder fortsetzt,"

§ 178. „Wer der Befugniß zum selbstständigen Betriebe eines Gewerbes für immer oder zur Zeit durch rechtskräftiges Erkenntniß rc. verlustig erklärt worden ist und diesem Erkenntnisse zuwider handelt,

soll mit Geldbuße bis zu 200 Thlr. rc. bestraft werden."

Gegen diese Verbotsgesetze verstößt die Handlung, welche der Kläger für den Beklagten auszuführen übernahm, denn sie enthielt offenbar eine Fortsetzung des ihm gelegten Kommissionär-Gewerbes. Sie war *also eine* unerlaubte, freilich nur für ihn selbst, also nicht objektiv, sondern nur subjektiv; beide Arten der unerlaubten Handlungen haben jedoch in der Regel gleiche rechtliche Folgen. Ausnahmsweise macht das A. L. R. I. 6. einen Unterschied zwischen ihnen, indem es bestimmt:

§ 51. „War aber der Auftrag unerlaubt, so haften rc. der Machtgeber und der Bevollmächtigte beide für einen rc."

§ 52. „War der Auftrag nur in Ansehung des Machtgebers allein oder nur in Ansehung des Bevollmächtigten allein unerlaubt, so haftet jeder nur für seine eigene Schuld."

Trotz dieser scharfen Unterscheidung bei den außerkontraktlichen Verpflichtungen der Mandatskontrahenten, hat das Gesetz bei ihren kontraktlichen Verpflichtungen keine besonderen Folgen davon abhängig gemacht, mag man annehmen, daß das A. L. R. I. 13

§ 20. „Was Rechtens sei, wenn unerlaubte Geschäfte Andern aufgetragen worden sind, ist im sechsten Titel § 51 ff. vorgeschrieben."

absichtlich den sechsten Titel oder irrthümlich statt des fünften bezieht, wo § 51 ff. gerade die Verträge über unmögliche Handlungen, denen

die unerlaubten gleich stehen sollen (ibid. § 68), besprochen werden. Jedenfalls sind also Verträge, durch welche ein objektiv erlaubtes Mandat subjektiv unerlaubt gegeben oder angenommen wird, ebenso nichtig, als wenn das Mandat schon objektiv unerlaubt gewesen wäre, und der Bevollmächtigte kann in beiden Fällen nicht die Erfüllung des Vertrages, also nicht die Zahlung der selbst vorbedungenen und abverdienten Belohnung fordern. Dies spricht das A. L. R. I. 13 klar aus:

> § 75. „Wenn Geschäfte, zu welchen eine bestimmte Klasse von Personen bestimmt ist, von andern, welche zu dieser Klasse nicht gehören, auf eine an sich erlaubte Art gegen eine vorbedungene Belohnung übernommen werden, so darf doch auch eine solche Belohnung die 2c. vorgeschriebene Taxe niemals übersteigen."

Dieser Paragraph unterscheidet bei exclusiven Berufsgeschäften, die demnach objektiv durchaus erlaubt sind, eine erlaubte und eine unerlaubte Uebernahme, also eine subjektive Erlaubtheit oder Unerlaubtheit. Im ersteren Falle soll der Handelnde statt der vorbedungenen Belohnung nur die taxmäßige erhalten, im zweiten Falle hat er, wie das Gesetz als selbstverständlich voraussetzt, gar keinen Anspruch auf Belohnung. Allerdings findet sich diese Vorschrift nur eben in der Lehre vom Mandatsvertrage, während der Kommissionärvertrag eigentlich nach den allgemeinen Vorschriften für Verträge über Handlungen zu beurtheilen ist und hier das A. L. R. I. 11, dem § 75 cit. parallel, disponirt:

> § 874. „Gehört der Handelnde nicht unter diese (zu gewissen Geschäften exklusiv berechtigte) Klasse 2c., so kann er dennoch eine Vergeltung, jedoch (wenn sie nicht vorbedungen war cf. § 870) nur nach dem niedrigsten 2c. Satze fordern."

also die erlaubte Uebernahme der Handlung nicht ausdrücklich bedingt. Einerseits aber sind bei der, noch unausgebildeten Rechtsnatur des Kommissionärvertrages die Vorschriften über den Mandatskontrakt keineswegs geradehin unanwendbar befunden worden (Präjud. 1687), andererseits versteht sich jene Bedingung nach den oben entwickelten Rechtsgrundsätzen von selbst, daher denn auch das A. L. R. II. 8. in Bezug auf den kaufmännischen Kommissionär, den Mäkler, ausdrücklich verordnet:

> § 1308. „Wer sich ohne gesetzmäßige Bestallung und Verpflichtung in kaufmännische Geschäfte als Mäkler einmischt, soll den doppelten Betrag des Mäklerlohns zur Strafe erlegen und des bedungenen Mäklerlohns verlustig sein."

Freilich ist diese Bestimmung im strafrechtlichen Theile durch die Gewerbeordnung cit. § 190 cf. 177, 51 antiquirt, die privat-

rechtliche Folge, der Verlust des Mäklerlohns, dagegen wird — obwohl ihn die Gewerbeordnung nicht ausdrücklich ausspricht — bestehen bleiben müssen.

Auch hieran könnte man zweifeln. Man könnte annehmen, daß der § 1308 cit., sowie andere Stellen des A. L. R., welche bestimmte, nur subjectiv unerlaubte Verträge für nichtig erklären, nicht die Regel, sondern gerade Ausnahmen wären. Indeß muß sogleich auffallen, daß alle jene Stellen nicht lediglich die Nichtigkeit aussprechen, sondern stets eine Modifikation hinzufügen. So z. B. wird im § 1308 cit. nebenher die poena dupli, A. L. R. I. 11 § 704 ff. bei dem subjektiv unerlaubten Darlehn an Königl. Schauspieler das Wiederaufleben der actio mutui etc., ibid. § 684 bei dem ebenfalls nur subjektiv unerlaubten Darlehn an Militärpersonen die Konfiskation verordnet und es gewinnt darnach den Anschein, daß alle jene Stellen — gerade wie die parallelen Vorschriften über objektiv unerlaubte Verträge ibid. § 714 cf. § 577, 581 — eben nur dieses Nebenhers wegen gegeben sind und den Rechtsgrundsatz:

daß objektiv und subjektiv unerlaubte Verträge gleich nichtig seien,

außerdem schon als selbstverständlich voraussetzen.

So spricht sich das römische Recht namentlich c. 5. C. de leg. (1. 14.) durchgreifend dahin aus:

> Nullum enim pactum etc. inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes trahi generaliter imperamus, ut legislatori, quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat, ceteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere, hoc est: ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est.

Diese Bestimmung ist für uns hier besonders wichtig, weil sie einem rein subjektiven Verbote ihre Entstehung verdankt. Den Kurialen war nemlich die procuratio fremder Güter untersagt und sie umgingen dieses Verbot durch eine simulirte conductio, weshalb Kaiser Theodosius II. auch eine solche conductio für nichtig erklärte und seine Novelle Tit. IX, welcher die c. 5 cit. wörtlich entnommen ist, bestimmt die Folgen des nichtigen Geschäfts noch genauer dahin:

> § 3. Conductor itaque locatori vel contra locator conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione.

Der Fortfall der Kontraktsklagen ist auch, wie hier vorgeschrieben, bei allen Verträgen über subjektiv verbotene Handlungen ganz

natürlich. Wenn z. B. der Kommissionär-Vertrag im vorliegenden Falle dahin geschlossen ward:

daß Kläger den Gutsverkauf für den Beklagten zu vermitteln und Beklagter für die Vermittelung 220 Thlr. zu zahlen versprach,

so kann dem Beklagten die actio directa nicht zustehen, weil sie unmittelbar die Verurtheilung des Klägers zur Ausführung einer strafbaren Handlung bezielen würde; ohne actio directa giebt es aber keine actio contraria.

Diese Grundsätze erkennt auch das A. L. R. an. So verordnet dasselbe:

I. 4 § 6. „Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen Niemand verpflichtet oder berechtigt werden."

I. 3 § 35. „Aus unerlaubten Handlungen überkommt der Handelnde zwar Verbindlichkeiten, aber keine Rechte."

Der Beklagte könnte also nach § 6 cit. rechtlich nicht verlangen, daß Kläger sein Versprechen durch Vermittelung des Gutsverkaufs erfülle, und Kläger kann nach § 35 ebenso wenig aus der Erfüllung seines Versprechens das Recht auf Kourtage herleiten. Dem entsprechend schrieb auch schon das römische Recht fr. 134 § 1. D. de R. J. (50. 17.) vor:

Nemo ex delicto suo meliorem suam conditionem facere potest.

und verstand hier unter Delikt: factum illicitum qualecunque (cf. Dirksen Man. lat.), also nicht allein die Verstöße contra bonos mores. fr. 26. D. de V. O. (45. 1):

Generaliter novimus turpes stipulationes nullius esse momenti.

sondern auch Uebertretungen des ius publicum. fr. 38. D. de priv. pact. (2. 14):

Jus publicum privatorum pactis non mutatur.

Wenn nun die Gewerbeordnung cit. § 49, 177 vorschreibt:

daß die Konzession zu Kommissionärgeschäften nur anerkannt unbescholtenen und zuverlässigen Leuten ertheilt und jeder bestraft werden soll, welcher den Betrieb solcher Geschäfte ohne Konzession beginnt oder fortsetzt.

so bezweckt sie offenbar den Schutz des Publikums. Dieser Zweck läßt sich aber durch die Kriminal-Justiz allein nicht erreichen, denn die Entdeckung der Gewerbekontraventionen ist erfahrungsmäßig schwierig; vielleicht kommt nur der zehnte oder hundertste Fall zur Ahndung und auch seine Ahndung besteht höchstens in 200 Thlr. Geldbuße, so daß also der unbefugte Kommissionär durch die bedeutend mehreren und höheren Kourtagen inzwischen reichlich regalirt sein würde, wenn sie die Ziviljustiz ihm zuerkennen wollte. In einen solchen Widerspruch

aber, daß die eine das wegnimmt, was die andere gab und die andere das wiedergiebt, was die eine wegnahm, dürfen die Kriminal- und Zivil-justiz niemals treten. Sie würden das Conto des unbefugten Kommissionärs sonst nur in Debet (Strafe) und Credit (Kourtage) aufnehmen und wahrscheinlich noch einen erklecklichen Saldo für ihn feststellen.

---

## Nr. 11.

## Die Vorschrift § 32 Verordnung vom 1. Juni 1833, nach welcher die Eide auswärtiger Partheien durch Requisition abgenommen werden sollen, gilt auch für die Diffessionseide im Wechselprozeß.*)

Ein Rechtsfall, mitgetheilt von dem Tribunals-Rath Dr. Reusch in Königsberg in Pr.

---

Ein in Sensburg (Departement Insterburg) wohnhafter Kaufmann wurde als angeblicher Akzeptant eines in Königsberg zahlbaren Wechsels bei dem Stadtgerichte des Zahlungsortes belangt. In der Audienz zur Klagebeantwortung und mündlichen Verhandlung erschien der Rechtsanwalt B. mit Vollmacht des Beklagten, erbot im Namen seines Mandanten die Diffession des Akzepts und beantragte:

> den Diffessionseid durch Requisition des Kreisgerichts Sensburg abnehmen zu lassen.

Der Kläger protestirte hiergegen und das Stadtgericht sprach auch ohne Weiteres die Verurtheilung des Beklagten aus, indem es annahm, daß der § 24 A. G. O. I. 27:

> „Ist endlich ein Wechselbeklagter, in dessen Namen ein Bevollmächtigter die Diffession offerirt, ohne alle scheinbare Ursache außen geblieben, so muß auf die angebotene Diffession gar nicht geachtet, sondern der Wechsel in contumaciam für rekognoszirt angenommen werden."

eine Ausnahme der Regel § 32 Verordnung vom 1. Juni 1833:

> „Ist die Parthei, welche den Eid zu leisten hat, am Orte des Gerichts oder in dessen Nähe nicht wohnhaft, so requirirt das erkennende Gericht denjenigen Richter, in dessen Sprengel die Parthei wohnt, um Abnahme des Eides."

bilde und durch die Verordnung vom 21. Juli 1846 nicht antiquirt sei, kein Fall aber, da gesetzliche Ehehaften nicht bescheinigt wären, hier gerade vorliege.

---

*) Vergl. die Abhandlung des Justiz-Raths Pitschky in Bd. II S. 405 f. dieser „Beiträge." Anm. der Redact.



Auf die Appellation des Beklagten beschloß das Ostpreußische Tribunal die Abnahme des Diffessionseides durch Requisition zu veranlassen.

Gründe. Freilich hat das Königl. Ober-Tribunal (Striethorst Arch. B. 23 S. 176) bei Verneinung der Frage:

ob die Vorschriften der Verordnung vom 1. Juni 1833 § 31 und der Verordnung vom 21. Juli 1846 § 12 wegen Anberaumung besonderer Schwurtermine auch für die Abnahme der Diffessionseide in Wechselsachen maßgebend seien?

bereits angenommen, daß die §§ 21—24 A. G. O. I. 27. noch gegenwärtig fortbestünden,

weil jene neueren Vorschriften sich nur auf den Mandats- und summarischen Prozeß bezögen, das Verfahren in Wechselsachen, wie § 76 Verordnung vom 1. Juni 1833 anerkenne, durch diese Verordnung nicht abgeändert sei, und die Verordnung vom 21. Juli 1846 allerdings auch für die Wechselsachen einzelne besondere Bestimmungen, aber erst in den späteren §§ 13, 27 enthalte, welche das Verfahren bei der Diffession nicht berührten.

Schon diese Ausführung ist jedoch mehr als zweifelhaft.

Gewiß bezog sich die Verordnung vom 1. Juni 1833 nur auf den Mandats-, summarischen und Bagatellprozeß und schloß im § 76:

„Insofern in der Prozeßordnung ein besonderes oder abgekürztes Verfahren für Gegenstände, welche nicht zu den in der gegenwärtigen Verordnung bezeichneten gehören, angeordnet ist, hat es bei jenem Verfahren sein Bewenden."

auch den Wechselprozeß von ihrer Reform aus. Dagegen bestimmte die Verordnung vom 21. Juli 1846 § 1:

„Das (summarische) Verfahren soll fortan bei allen Rechtsstreitigkeiten, welche weder zum Mandatsprozeß geeignet noch in den §§ 28, 29, 38 ausgenommen sind, zur Anwendung kommen, jedoch mit folgenden Vorschriften ꝛc."

Zu diesen ausgenommenen Prozessen gehört der Wechselprozeß nicht allein nicht, sondern er wurde sogar mit den, § 76 cit. früher ausgenommenen Prozessen nunmehr § 13 ausdrücklich in die Reform gezogen:

„Bei Rechtsstreitigkeiten, für welche in der Prozeßordnung ein abgekürztes Verfahren angeordnet ist, findet, auch wenn die Verhandlung vor ein Kollegium gehört, die Vorschrift § 61 der Verordnung vom 1. Juni 1833 Anwendung. Auf die Klage ist sofort ein Termin zur mündlichen Beantwortung und zugleich zur weiteren mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Richter mit Beobachtung der

in der Prozeßordnung vorgeschriebenen kürzeren Fristen anzuberaumen. Zu den hiernach zu behandelnden Sachen gehören namentlich: 1. Wechselsachen (Prozeßordnung Tit. 27) rc."

Diese Vorschrift setzt offenbar voraus, daß die Gerichte nunmehr z. B. einen Wechselprozeß, der kollegialisch zu verhandeln wäre, nach Verordnung vom 1. Juni 1833 § 8 mit einem besonderen Klagebeantwortungstermine eröffnen und dabei die längeren Fristen der Verordnung vom 21. Juli 1846 § 2 beobachten müßten, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich bestimmt würde; denn sonst dürfte sie nicht erst bestimmen, daß der Wechselprozeß stets nach der Verordnung vom 1. Juni 1833 § 61 eröffnet und dabei die kürzere Frist der A. G. O. I. 27. § 12 ff. beobachtet werden solle. Sie setzt also voraus, daß der Wechselprozeß schon nach § 1 der Verordnung vom 21. Juli 1846 in den summarischen (jetzt ordentlichen) Prozeß vollständig aufgegangen sei und will ihm eben nur jene beiden Eigenthümlichkeiten vorbehalten.

Dieselben beiden Eigenthümlichkeiten sind auch die einzigen, welche dem erstinstanzlichen Wechselprozesse nach der Verordnung vom 21. Juli 1849 zustehen. Diese Verordnung erging für die Bezirke des Appellationsgerichts Greifswald und des Justizsenats Ehrenbreitstein behufs eines gleichmäßigen Verfahrens in Zivilprozessen unter Aufhebung der bisherigen Prozeßvorschriften. Den § 32 der Verordnung vom 1. Juni 1833, nach welchem die Eide auswärtiger Partheien durch Requisition abgenommen werden sollen, gab sie in ihrem § 33 al. 2 wörtlich wieder, von den Bestimmungen § 21—24 A. G. O. I. 27. findet sich dagegen in ihr keine Spur. Wenn also diese Bestimmungen nicht auch für das Bereich der A. G. O. und zwar schon nach Verordnung vom 21. Juli 1846 antiquirt wären, so würde eine Ausgleichung der Prozeßgesetzgebung, wie sie eben die Verordnung vom 21. Juli 1849 bezweckte, nicht erfolgt sein.

Indeß selbst bei dem Fortbestehen der §§ 21 ff. A. G. O. I. 27. erscheint die Ansicht des Vorderrichters, daß dieselben dem § 32 Verordnung vom 1. Juni 1833 derogiren, nicht haltbar, vielmehr muß man gerade umgekehrt annehmen, daß dieser § 32 jenen §§ 21 ff. derogirt.

Die Bestimmung des Einführungsgesetzes vom 15. Februar 1850 § 6.

„Wechselklagen können sowohl bei dem Gerichte des Zahlungsorts als bei dem Gerichte, bei welchem der Beklagte seinen persönlichen Gerichtsstand hat, erhoben werden."

enthält nemlich insofern etwas Neues, als bis dahin nach A. G. O. I. 2. § 150 zur Begründung des forum contractus erfordert wurde, daß der Beklagte sich daselbst betreffen ließ. Während

also jetzt täglich Wechselklagen bei Gerichten angestellt werden, deren Sitz von dem Aufenthaltsorte des Wechselschuldners Meilen und aber Meilen entfernt liegt, durfte man früher erwarten, daß sich der Schuldner am Orte oder wenigstens in dem Sprengel des Prozeßgerichts befände A. G. O. I. 27. § 12 ff., und ihm daher das sofortige persönliche Erscheinen zumuthen, falls er nicht verreist oder erkrankt war. Deshalb denkt die A. G. O l. c. § 22, 23 auch nur an diese beiden Ehehaften und setzt dem Ausbleiben wegen bescheinigter Reise oder Krankheit geradezu im § 24 das Ausbleiben ohne alle scheinbare Ursache entgegen. Die im gegenwärtigen Prozesse vorliegende, gewiß höchst scheinbare Ursache des Ausbleibens,

> daß der Beklagte circa 20 Meilen von dem Prozeßgericht entfernt wohnt und wegen eines verfälschten Akzepts die unverhältnißmäßigen Kosten der Herüberkunft nicht bestreiten will,

ist also in den §§ 21 ff. nicht besonders hervorgehoben und zwar

1. weil die Paragraphen cit. nur das regelmäßige Diffessionsverfahren in Wechselsachen darzustellen hatten,
2. weil die Diffession eines auswärtigen Wechselschuldners damals nur höchst ausnahmsweise, nemlich etwa nur bei dem forum commune A. G. O. I. 2 § 136 vorkommen konnte und
3. weil für einen solchen Ausnahmefall schon durch die Vorschrift A. G. O. I. 10 § 373:

> „Wenn auswärts wohnende Partheien, welche bei der Instruktion des Prozesses nicht zugegen gewesen sind, einen Eid schwören sollen, so können sie bitten, daß die Abnehmung desselben einem benachbarten Kommissar aufgetragen oder das ordentliche Gericht, unter welchem sie stehen, deshalb requirirt werde."

vollkommen ausreichend gesorgt war.

Diese Vorschrift § 373 ist mit der Abweichung, daß es jetzt nicht einmal eines besonderen Partheiantrages zu solchen Requisitionen bedarf, in den § 32 der Verordnung vom 1. Juni 1833 übergegangen, der § 32 aber steht dem § 31:

> „Soll hiernach von der Parthei, welche am Orte des Gerichts oder in dessen Nähe wohnt, ein Eid geleistet werden, so ist derselbe in der Gerichtssitzung &c. abzunehmen."

entgegen und muß den §§ 21 f. A. G. O. I. 27, da sie auch nur von Eidesabnahmen vor dem Prozeßrichter handeln, also nur den § 31 für Wechselsachen modifiziren, ebenfalls entgegenstehen.

---

## Nr. 12.

## Ist der im Besitze eines Rechts geschützte Possessorien-Kläger befugt, auf Grund des obsieglichen Urtheils von dem Verklagten Schadensersatz für die erlittene Störung zu verlangen?

---

Ein Grundbesitzer war im Possessorien-Prozesse in dem Besitze des Rechts geschützt worden, durch den Hof seines Nachbars Schafe zu treiben. In Folge dessen belangte er späterhin den Verklagten auf Ersatz des durch die frühere Störung erlittenen Schadens. Durch das Erkenntniß des Kreisgerichts zu Hagen vom 14. December 1859 wurde ihm auch die geforderte Entschädigung bis zur Summe von 35 Thlr. zugesprochen. Die Gründe lauten:

Der von dem Verklagten über die rechtliche Zulässigkeit der Klage erhobene Zweifel war für unbegründet zu erachten. Die Allgemeine Gerichts-Ordnung (Th. I Tit. 31 § 17) bestimmt nur, daß mit der Besitzstörungsklage nicht zugleich der aus der Störung erwachsene Schaden verfolgt werden könne, derartige Ansprüche vielmehr zur besondern Verhandlung zu verweisen seien. Daß aber überhaupt eine Schadensklage nicht auf eine Besitzstörung gegründet werden könne, ist nirgends vorgeschrieben. Das Gegentheil folgt aus den allgemeinen Grundsätzen des Allgemeinen Land-Rechts Th. I Tit. 6, wonach nur derjenige einen durch eine freiwillige Handlung einem Andern zugefügten Schaden nicht zu ersetzen braucht, welcher sich seines Rechts innerhalb der gehörigen Schranken bedient hat (§ 36). Ausdrücklich hat der Verklagte einen solchen Einwand nicht einmal aufgestellt. Er bestreitet zwar, daß der Kläger seinerseits das Recht gehabt, mit Schafen, namentlich mit fremden, über seinen Hof zu treiben. Allein um das Recht handelte es sich ebensowenig im Vorprozesse, wie der gegenwärtigen Klage die Verletzung eines materiellen Rechts zu Grunde liegt. Der Kläger hat hier ein solches auch gar nicht nachzuweisen. Für ihn genügt es, daß im Vorprozesse, auf dessen Verhandlungen er sich generell bezogen hat, durch die Zeugen festgestellt und auch in den Urtheilsgründen docirt ist, daß er zur Zeit der Störung im ruhigen Besitze der nicht auf eigenes Vieh beschränkten Viehtriftsgerechtigkeit sich befunden hat, und sonach vom Verklagten widerrechtlich in seinem

Besitzrechte gekränkt ist (§ 8 Tit. 6 a. a. O.). In diesem Besitze schützt ihn das erlassene Urtheil, als wenn ihm das ausgeübte Recht wirklich zustände, und zwar so lange, bis der Verklagte durch die mit Erfolg angestellte Eigenthumsklage ihn des erstrittenen Besitzrechts wieder entsetzt hat. Dies geschieht aber nicht im Wege der gelegentlich vorgebrachten Einrede. Der Einwand eines bessern Rechts ist gerade so wenig gegen die Besitzstörungsklage selbst, wie gegen diese auf die Durchführung derselben gestützte Schadensklage statthaft. Beide haben hinsichtlich des Hauptgegenstandes nur ganz dieselben materiellen Erfordernisse.

Der Verklagte erhob gegen diese Entscheidung Rekurs und machte dabei insbesondere geltend:

Jede Entschädigungsklage setze ein Recht voraus, in dem der Kläger gekränkt sei. Im vorliegenden Urtheile werde dem Kläger ein entgangener Gewinn zuerkannt, ohne daß feststehe, ob er ein Recht auf denselben habe. Wenn bei der anzustellenden Negatorienklage dem Kläger das in Besitz genommene Recht, wie höchst wahrscheinlich, abgesprochen werde, so würde der Fall eintreten, daß dem Kläger ein Recht abgesprochen wird, während ihm der Ersatz für eine Beeinträchtigung desselben zuerkannt ist. Recht und Schadensersatz stehen im Verhältnisse wie Ursache und Wirkung. Wenn die Ursache fehle, könne auch die Wirkung nicht eintreten.

Das Appellationsgericht zu Hamm hat auch diesen Rekurs für begründet erachtet und durch den Bescheid vom 12. September 1860 den Kläger mit seiner Entschädigungsklage abgewiesen. Dieser Bescheid beruht auf folgender Erwägung:

Der vorige Richter hat den eingeklagten Anspruch auf Schadensersatz schon auf Grund der dem Verklagten Schuld gegebenen Besitzstörung für zulässig erklärt. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden. Schade wird im § 1 Tit. 6 Th. I A. L. R. als die Verschlimmerung des Zustandes eines Menschen in Absicht seines Körpers, seiner Freiheit, seiner Ehre oder seines Vermögens charakterisirt. Es ergibt sich aus dieser Definition ganz unzweifelhaft, daß das Gesetz die Geltendmachung einer Schadensersatzforderung — wie der Verklagte richtig ausführt — an das Vorhandensein eines wirklichen verletzten Rechts als nothwendige Bedingung knüpft. In den Kreis der Vermögensrechte, wovon hier nur die Rede sein kann, ist nun aber der bloß factische Besitzstand des Klägers, ohne Rücksicht auf seine rechtliche Natur, offenbar nicht zu rechnen. Das Gesetz schützt zwar bis zum Erweise eines bessern Rechts

einen solchen factischen Zustand zur Aufrechthaltung der einstweiligen Ordnung nöthigenfalls durch Verhängung von Strafen, allein daraus folgt noch nicht, daß die Verletzung desselben eine Forderung auf Schadensersatz begründe. Denn da dem im Possessorien-Prozeß Unterliegenden die Befugniß zusteht, in dem spätern petitorischen Prozeß die geschehene Feststellung des Besitzstandes anzugreifen, müßte ihm auch folgerichtig das Recht eingeräumt werden, im Fall des Nachweises seines bessern Rechts die etwa gezahlte Schadenssumme zurückzufordern. Es würde hiernach die auf einer bloßen Besitzstörung beruhende Schadensforderung einen bloß provisorischen Charakter erhalten, der mit dem Wesen einer solchen durchaus unvereinbar ist. Der § 17 Tit. 31 Th. I A. G. O. enthält nicht — wie der erste Richter anzunehmen scheint — eine Anerkennung eines aus einer bloßen Besitzstörung abzuleitenden Anspruchs auf Schadensersatz, vielmehr scheint es den oben entwickelten Grundsätzen ganz entsprechend, wenn darin bestimmt ist, daß das in possessorio ergehende Erkenntniß sich nur mit der Entscheidung des Besitzstandes befassen, dagegen der Ersatz eines aus der Entsetzung oder Störung des Besitzes erwachsenen Schadens zur besondern Verhandlung verwiesen werden soll; denn unter dieser Verhandlung kann nur diejenige verstanden werden, welche die Existenz des verletzten Rechts zum Gegenstande hat.

S. 60—60.

---

## Nr. 13.

### Wenn im Lauf eines gewöhnlichen Prozesses der Gegenstand desselben auf einen Betrag von 50 Thlr. oder weniger herabsinkt, verbleibt die weitere Verhandlung und die Entscheidung der Sache der Prozeß-Deputation, oder gehört dieselbe nunmehr zum Geschäftskreise des Kommissarius für Bagatell-Sachen?

---

Diese Frage ist kürzlich im Aufsichtswege bei dem Appellationsgerichte zu Hamm zur Sprache gekommen. Das Kollegium hat sich in der Verfügung vom 21. Februar 1861 für die erste Alternative aus folgenden Gründen entschieden:

„Sobald der Richter mit der Instruktion eines Prozesses in Gemäßheit seiner Competenz sich befaßt hat, muß er dieselbe in allen Fällen und unabhängig von den Anträgen der Parteien zu Ende führen. Es bedarf keiner Ausführung, daß dem Richter, wenn ein Theil des Klageanspruchs agnoscirt wird und der übrige Theil des Prozeßgegen-

standes 50 Thlr. oder weniger werth ist, nicht zusteht, in Bezug auf jenen Theil den Agnitions-Bescheid abzufassen und die Sache zum weiteren Verfahren in Betreff des übrigen, noch streitigen Theils an den Kommissar für Bagatell-Sachen abzugeben. Letzteres ist ihm zweifellos auch dann nicht gestattet, wenn das Streitobjekt dadurch verringert worden, daß der Kläger auf einen Theil seiner Forderung verzichtet. Denn der Kommissar für Bagatell-Sachen ist dazu: in seinem Urtel auszusprechen, daß es bei jenem Verzichte zu belassen, nicht befugt, weil möglicher Weise der Verzicht selbst der Anfechtung unterworfen wird. Ebenso wird das Verfahren in zweiter Instanz durch Verringerung des Streitgegenstandes nicht berührt und der Appellationsrichter darf nicht als Rekursrichter erkennen, selbst wenn aus irgend einem Grunde das objectum litis bis zu einem höchst geringfügigen Werthe vermindert worden wäre; denn die Vorschriften für den Rekurs lassen sich nach eingeleiteter Appellation nicht in Anwendung bringen. — Der entgegengesetzten Ansicht steht kein Gesetz zur Seite; sie ist vielmehr mit dem Gesetze unvereinbar. Die Vorschrift des § 28 der Verordnung vom 21. Juli 1846 namentlich, wonach auf eine Klage wegen fungibler Sachen zunächst ein Mandat erlassen werden muß, gilt ausnahmslos für alle Bagatell-Prozesse, würde aber unbefolgt bleiben, wenn man einen anderen Prozeß nach bereits begonnener Instruktion im Bagatell-Verfahren fortsetzen wollte. Ebenso kategorisch ist die Bestimmung des § 62 der Verordnung vom 1. Juni 1833, wonach in Bagatell-Sachen der Richter das Sachverhältniß, die Streitpunkte und die Anträge der Parteien im Resultate zu Protokoll bringen und letzteres von den Parteien unterzeichnen lassen muß. Diese Vorschrift ist eine Hauptgrundlage des ganzen Bagatell-Verfahrens. Ihre Wichtigkeit äußert sich in vielfacher Hinsicht, insonderheit auch darin, daß ein Contumazialverfahren wegen bloßer Nichterklärung einer Partei unstatthaft ist; denn bei pflichtmäßiger Befolgung der fraglichen Vorschrift seitens des Richters kann nur eine Contumaz zufolge Verweigerung einer Erklärung auf eine vorgelegte Frage angenommen werden. Es setzt aber die Ausführung der Vorschrift voraus, daß die Lage des Prozesses noch nicht durch Schriftwechsel resp. durch Terminsverhandlungen, welche dem Bagatell-Verfahren fremd sind, alterirt worden ist."

Auf den von dem betreffenden Kreisgerichte zur Aufrechthaltung seiner entgegengesetzten Ansicht an den Herrn Justiz-Minister erstatteten Bericht hat Letzterer am 5. Juni 1861 folgenden Bescheid erlassen:

„Der Justiz-Minister hält sich nicht für ermächtigt, über die angeregte Frage:

ob eine im summarischen Prozesse eingeleitete Prozeß-Sache in dem Falle an den Bagatell-Kommissarius abzugeben sei, wenn das Objekt im Laufe des Verfahrens durch Entsagung eines Theils der Forderung auf einen Betrag von 50 Thlr. oder weniger herabsinke,

allgemein verbindliche Anordnungen zu treffen, weil die Frage in der Regel nur auf Beschwerden der Parteien zur Kontestation kommt, und in diesem Falle nach § 35 der Verordnung vom 21. Juli 1846 von den Instanzgerichten zu entscheiden ist. — Der Justiz-Minister hat jedoch Veranlassung genommen, über das bisher in anderen Departements befolgte Verfahren die Berichte mehrerer Appellationsgerichte einzufordern, um wo möglich auf ein gleichmäßiges Verfahren hinzuwirken. Aus denselben hat sich indeß ergeben, daß die Ansichten der Appellationsgerichte getheilt sind, und in einigen in Gemäßheit des Rescripts vom 13. Januar 1838 stets die Abgabe solcher Sachen an den Bagatell-Kommissarius erfolgt, in anderen dagegen in Uebereinstimmung mit der Ansicht des Appellationsgerichts zu Hamm prinzipiell für unzulässig erachtet ist.

Es läßt sich nicht verkennen, daß die Frage nach Lage der jetzigen Gesetzgebung zweifelhaft ist; im Prinzip muß aber der Justiz-Minister nach abermaliger Prüfung der Ansicht des K. Appellationsgerichts zu Hamm beitreten, daß in einem solchen Falle die Deputation, vor welcher die Sache anhängig geworden ist, sich auch der ferneren Verhandlung und Entscheidung zu unterziehen hat.

Die Vorschriften der Verordnung vom 1. Juni 1833 entscheiden den Fall nicht, da die Bestimmung, daß Bagatellsachen von einzelnen Kommissarien zu verhandeln und von denselben zu entscheiden sind — § 67 a. a. O. — sich nur auf den Fall bezieht, wenn bei der Einleitung der Sache feststeht, daß das Objekt derselben eine Bagatellsache betrifft. Ist dies nicht der Fall, also die Sache mit Recht als eine summarische eingeleitet, so würde sich eine weitere Verhandlung derselben vor dem Bagatell-Kommissarius in dem vorausgesetzten Falle nur rechtfertigen, wenn entweder eine ausdrückliche darauf abzielende gesetzliche Vorschrift existirte, oder wenn das mit der Sache befaßte Gericht überhaupt nicht befugt wäre, über das Objekt zu verhandeln oder zu erkennen. Eine ausdrückliche gesetzliche Vorschrift, welche die Verweisung der Sache an den Bagatell-Kommissarius anordnete, existirt nicht, und nach der Nr. 14 der Instruktion vom 7. April 1839 (Ges.-Samml. S. 133) begründet der Umstand, daß ein Kollegium in einer Bagatellsache erkannt hat, keine Nichtigkeit. Es kann deshalb nicht

angenommen werden, daß die Deputation zur ferneren Verhandlung und Entscheidung inkompetent werde, wenn die Sache nach dem ursprünglichen Objekte unzweifelhaft vor dieselbe gehört hat.

Daß der ursprünglich über ein Objekt von mehr als 50 Thlr. geführte Prozeß durch Entsagung des die Summe übersteigenden Theils zu einer Bagatellsache werde, läßt sich überdies aus den Gesetzen nicht rechtfertigen. Denn die Entsagung ist nur eine Art der Beendigung des Rechtsstreits, welche nach den Regeln von Vergleichen beurtheilt wird, § 395 Th. I Tit. 16 Allg. Land-Rechts, und der auf die Höhe des Kostenansatzes influirt § 89 ibid., Reglement vom 10. Mai 1851. Das ganze Objekt des Prozesses wird dadurch ebensowenig, als durch Anerkenntniß eines Theils der Forderung, oder Vergleich über einen Theil der Forderung verändert. Es kann also auch die durch das Objekt begründete Kompetenz des Gerichts durch die Art der Beendigung des Streits keine Veränderung erleiden. Der Justiz-Minister findet hiernach keinen genügenden Grund, dem K. Appellationsgericht zu Hamm die nochmalige Erwägung der Frage behufs Abänderung der von demselben in der Verfügung vom 21. Februar d. J. getroffenen Entscheidung anheim zu geben."

---

## Nr. 14.

## Sind nach § 8 der Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 die zur Zeit der Konkurseröffnung anhängigen Rechtsstreitigkeiten von Amtswegen zu sistiren?

Ein bei dem Kreisgericht zu Dortmund schwebender Schuldprozeß war bereits bis zur Erlassung des die Beweisaufnahme anordnenden Vorbescheides gediehen, als über das Vermögen der Verklagten der Konkurs eröffnet wurde. In Folge dessen stellte der Prozeßrichter das weitere Verfahren von Amtswegen ein und hielt dies auf die hiergegen erhobene Beschwerde aus folgenden Gründen für gerechtfertigt:

„Der § 4 der Konkurs-Ordnung bestimmt:

„Mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner von Rechtswegen die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen.

Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch die Gesammtheit der Konkursgläubiger (Gläubigerschaft) an Stelle des Gemeinschuldners ausgeübt. Zu diesem Behuf erfolgt die Bestellung eines Verwalters der Konkursmasse."

In konsequenter Anwendung dieses Prinzips der Repräsentation verordnet nun der § 8 a. a. O.:

„Nach der Konkurseröffnung kann ein Verfahren zur Geltendmachung von Ansprüchen, welche sich auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen beziehen, nicht mehr gegen den Gemeinschuldner gerichtet oder fortgesetzt werden.

Anhängige Rechtsstreitigkeiten gehen auf die Gläubigerschaft in der Lage über, in welcher sie sich zur Zeit der Konkurseröffnung befinden. . . .“

Die Subsumtion des vorliegenden Rechtsstreits unter diese Bestimmungen: des Prinzipes (§ 4) und des angewandten Prinzips (§ 8) mußte nothwendig zu dem Schlusse führen, daß die Verklagte nicht mehr befugt sei zur Vornahme irgend einer Prozeßhandlung hinsichtlich des im Streit befangenen Vermögensrechts, also auch nicht mehr befugt war, bei der nothwendig gewordenen Beweisaufnahme als Vertreter des streitigen Rechtes aufzutreten. Es mußte vor jedem weiteren Schritte vorab der „von Rechtswegen“ eintretende Repräsentant ermittelt werden und ein entgegengesetztes Verfahren würde nichtig gewesen sein.

Wir legten die Ermittelung nicht dem Kläger auf, sondern erachteten es — in analoger Anwendung der Bestimmungen der Allg. Gerichts-Ordnung Th. I Tit. 20 §§ 1—7, welche den Fall regeln, wenn eine Partei im Laufe des Prozesses verstirbt — für unsere Pflicht, von Amtswegen den Repräsentanten zu ermitteln.

Der Cridar war hier die verklagte Partei.

Für die Repräsentation eines Cridars in der Parteirolle des Verklagten trifft die Konkurs-Ordnung je mit Unterscheidung des in judicium deducirten Rechts verschiedene Bestimmungen. Gehört z. B. der Anspruch zu den im dritten Abschnitte des ersten Titels behandelten Rechten, so ist nach der Vorschrift des § 30 der Verwalter allein der Repräsentant des Cridars. Gehört aber der Anspruch, wie im vorliegenden Falle, zu den Forderungen, hinsichtlich deren die Gläubiger sich in den Konkurs einlassen müssen, so konstituirt sich die Repräsentation erst mit dem Prüfungstermine. Jeder der in diesem Termine anwesenden Interessenten ist befugt, der Forderung zu widersprechen — §§ 171 ff. a. a. O. — und die Widersprechenden sind nach der Bestimmung des § 227 die Repräsentanten des Cridars für diesen Rechtsstreit (vergl. § 23 und 42 der Instruction vom 6. August 1855). Sie treten in den Prozeß ein und selbstredend rückwärts von dem Zeitpunkte an, mit welchem der Cridar „von Rechtswegen“ die Disposition verlor, das ist, mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung.

Die Anwendung des gefundenen Resultats mußte zu einer Sistirung

des Prozesses bis zum Prüfungstermine führen. Vergl. auch Entscheid. des Ober-Tribunals B. 40 S. 384 f.

In Betreff der oben aufgestellten Ansicht, daß der fragliche Anspruch zu den Forderungen gehöre, hinsichtlich deren die Gläubiger in den Konkurs sich einlassen müssen, glauben wir auch bei dem Appellations-Gericht nicht auf Widerspruch zu stoßen. Eine entgegengesetzte Meinung könnte etwa dahin aufgestellt werden: der Gläubiger einer Forderung, welche an sich im Konkurse geltend gemacht werden müßte, brauche sich nicht in den Konkurs einzulassen, wenn er auf Vollstreckung gegen die Person des Cridars während des Konkurses sowie in das diesem unterliegende Vermögen verzichte § 1 der Konk.-O. — Die von dem Ober-Tribunal in Striethorst's Archiv B. 21 S. 341 dargelegten Gründe zeigen jedoch die Unmöglichkeit einer solchen Annahme.

Ist aber unsere Behauptung richtig, so ergibt sich für die Richtigkeit und zwar für die ausschließliche Richtigkeit des von uns innegehaltenen Verfahrens noch das folgende, nicht minder erhebliche Moment:

Nach § 164 der Konkurs-Ordnung müssen alle Gläubiger ihre Ansprüche, dieselben mögen bereits rechtshängig sein oder nicht, bei dem Konkurse anmelden. Nur die angemeldeten Forderungen, und zwar nur soweit sie angemeldet sind, werden in dem Konkurse berücksichtigt, dergestalt, daß „eine Erweiterung des Anspruchs in Betreff des Betrages oder des Vorrechts in dem Spezialprozesse nicht zulässig ist, dieselbe vielmehr nur mittelst einer neuen Anmeldung geltend gemacht werden kann," wie der § 230 der Konk.-O. im letzten Absatze wörtlich vorschreibt.

Es ergibt sich hieraus der Schluß, daß eine vor Eröffnung des Konkurses eingeklagte Forderung nach der Konkurseröffnung nur, wenn sie angemeldet worden ist, und nur, soweit sie angemeldet worden ist gegen die Repräsentanten des Cridars weiter verfolgt werden kann. Die eingeklagte Forderung muß zur Herstellung der Aktivlegitimation (um uns der Kürze wegen dieses Ausdrucks zu bedienen) dem Anmeldungsverfahren unterzogen werden.

Wir glauben hiernach den Beweis geführt zu haben, daß ein zur Zeit der Konkurseröffnung bereits anhängiger Rechtsstreit der vorliegenden Art vor jedem weiteren Schritte vorab dem Anmeldungsverfahren Behufs Erbringung der Aktivlegitimation, und sodann dem Prüfungsverfahren Behufs Herstellung der Passivlegitimation unterzogen werden und demnach bis dahin sistirt werden muß."

Das Appellationsgericht zu Hamm ist jedoch dieser Ansicht, wiewohl es sich mit Anerkennung über deren gründliche Motivirung ausspricht, nicht beigetreten, hat vielmehr in seiner auf die Beschwerde

erlassenen Verfügung vom 25. Mai 1861 die oben aufgestellte Frage aus folgenden Gründen verneint:

Die Konkurs-Ordnung vom 8. Mai 1855 enthält im § 1 die Fundamental-Bestimmung:

„Der Konkurs erstreckt sich auf das gesammte, der Exekution unterliegende Vermögen, welches der Gemeinschuldner zur Zeit der Eröffnung des Konkurses besitzt oder während der Dauer des Konkurses erlangt...."

Hierzu verordnet der § 4:

„Mit dem Zeitpunkte der Konkurseröffnung verliert der Gemeinschuldner von Rechtswegen die Befugniß, sein zur Konkursmasse gehörendes Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen...."

Demgemäß wird durch die Konkurseröffnung dem Gemeinschuldner weder die Dispositionsfähigkeit überhaupt, noch die Befugniß, seine Rechte vor Gericht selbst wahrzunehmen total und unbedingt entzogen. Aus obigen Vorschriften folgt vielmehr nur, daß solche Ansprüche, deren Befriedigung aus der Konkursmasse gesucht wird, durch Klagen gegen den Gemeinschuldner nicht theilnahmeberechtigt werden — daß also aus Klagen gegen den Gemeinschuldner keine Exekution in die Masse vollstreckt werden kann. Vergl. Makower, Studien zur Concurs-Ordnung (Berlin 1861) S. 83 f. — Der in dem Bericht aufgestellte Satz: daß ein Prozeßverfahren mit einem Gemeinschuldner durchaus nichtig sei, kann daher, als unbedingt richtig, nicht erachtet werden. Die Nichtigkeit beschränkt sich, auch wenn der Prozeß das Vermögen zum Gegenstande hat, auf die Rechte der Konkurs-Masse resp. die Rechte aller übrigen Gläubiger an dem, dem Konkurse unterworfenen, Vermögen des Kridars. — Die Berufung auf das Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 5. Juli 1856 (Striethorst's Archiv B. 21 S. 341) trifft nicht zu. Denn dasselbe hat die vorliegende Frage nicht zum Gegenstande. Ebensowenig paßt das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. Juni 1858 (Entscheid. des Ob.-Trib. B. 40 S. 384) auf den vorliegenden Fall. Dort ist vorausgesetzt, daß die Liquidation im Konkurse stattgefunden. Gerade hierin aber liegt der Schwerpunkt. Die Anmeldung einer Forderung beim Konkurse begründet Litispendenz mit der Wirkung, daß der, wegen dieser Forderung schon vor der Konkurseröffnung anhängig gewesene, Prozeß mit dem Konkursverfahren gemäß §§ 8 und 170 ff. der Konk.-O. combinirt werden muß (§ 23 der Instruktion zur Ausführung der Konk.-O. vom 6. August 1855).

Für den vorliegenden Fall kann übrigens von dem Umfange des Einflusses der Konkurseröffnung im Allgemeinen insofern ganz abgesehen werden, als es sich nur fragt:

ob der Prozeßrichter, welcher von der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der verklagten Partei Kenntniß erhalten hat, befugt resp. verpflichtet ist, den Prozeß ohne Antrag des Klägers (also ex officio) zu sistiren, auch wenn er davon, daß die streitige Forderung bei dem Konkurse angemeldet worden, nicht benachrichtigt worden ist, oder annehmen muß, daß solche Anmeldung noch nicht stattgefunden habe?

Nur die Beantwortung dieser Frage ist in unserer Verfügung, und zwar verneinend gegeben.

Die Konkurs-Ordnung enthält keine Vorschrift, welche die fragliche Sistirung gebietet; ebensowenig ist eine derartige Bestimmung *in der* oben gedachten Instruktion zu finden. — Auch in dem Berichte des Kreisgerichts ist die, jene Frage speziell und direkt betreffende Ausführung nur auf die Annahme basirt, daß die §§ 1—7 Tit. 20 Th. I Allg. Ger.-Ord. analoge Anwendung finden müßten. Die Zulässigkeit dieser Analogie muß aber entschieden verneint werden. Denn, abgesehen davon, daß die neuere Prozeßgesetzgebung das Prinzip der offiziellen Wahrnehmung der Gerechtsame der Parteien, welches in der Allg. Gerichts-Ordnung nicht zu verkennen ist, nicht festgehalten hat, kommt der wesentliche Unterschied in Betracht, daß in dem Falle des Todes *einer* Partei während des Prozesses, wegen Unbekanntseins oder Abwesenheit der Erben oder wegen eines Streites über das Erbrecht die Rechte des Erben in hohem Grade gefährdet werden können, daß dagegen bei Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Prozeßpartei von einer solchen Gefährdung gar nicht die Rede sein kann; derselben ist durch die Vorschriften der Konkurs-Ordnung über die Publikation der Konkurseröffnung, die öffentliche Aufforderung zur Anmeldung der Forderungen, die Bestellung des einstweiligen Verwalters, die Siegelung u. s. w. in wirksamster Weise entgegengetreten. Diesen Maaßregeln liegt auch eine Vorsorge für das Interesse von Privaten zu Grunde; sie verdanken aber ihre Entstehung der Berührung des Konkurses mit dem Staatsinteresse, und sind daher lediglich dem Konkursrichter anvertraut, ohne daß der Prozeßrichter zu einer offiziellen Mitwirkung autorisirt oder angewiesen worden ist.

Es soll jedoch mit vorstehender Gesetzauslegung nicht gesagt sein, daß der Prozeßrichter die, zu seiner amtlichen Kenntniß gelangte, Eröffnung des Konkurses über das Vermögen einer Partei unter allen Umständen ignoriren müsse. Von dem Gesichtspunkte ausgehend, daß durch Agnoscirung der im Prozesse befangenen Forderung Seitens des Konkursverwalters der Prozeß seine sofortige Erledigung finden kann, erscheint

es vollkommen gerechtfertigt, wenn der Prozeßrichter den Kläger zu Anträgen über die Fortsetzung resp. Sistirung des Prozesses veranlaßt, oder mit dem Verwalter oder Kommissarius zu seiner Information über die Sachlage in Verbindung tritt. Keinenfalls aber darf eine Sistirung des Prozesses ohne Weiteres veranlaßt und so der Lauf des Prozesses gehemmt werden.

---

## Nr. 15.

## Eintragungsfähigkeit einer zur Sicherung des kaufmännischen Geschäftsverkehrs bestellten hypothekarischen Caution.

Der Naturforscher G. in Paderborn gab vor Notar und Zeugen folgende Erklärung ab:

„Mit dem Banquier S. S. bin ich in Geschäftsverkehr getreten. Zur Sicherheit für alle und jede Forderungen, gleichviel, welches Ursprungs dieselben sein werden, und für alle Ansprüche, welche dem Herrn S. S. aus unserem Geschäftsverkehr bereits erwachsen sind oder noch erwachsen werden, und zwar sowohl für Kapital, wie auch für Zinsen, Kosten und Schäden, bestelle ich demselben hierdurch mit meinen (in der Urkunde näher bezeichneten) Bergwerksantheilen Hypothek auf Höhe von 1500 Thlr., und willige darein, daß diese Cautionsbestellung in das Berggegenbuch eingetragen werde."

Das Bergamt zu Bochum lehnte jedoch die nachgesuchte Eintragung dieser Caution ab, indem es sich dahin aussprach:

„Eine Caution kann nur bestellt werden Behufs Exigibilität von Forderungen, die aus einem individuell bestimmten Rechtsverhältnisse oder Rechtsgeschäfte erzeugt werden. An dieser individuellen Bestimmung derjenigen Rechtsgeschäfte, aus denen Forderungen für den Banquier S. S. entstanden sind oder noch entstehen können, fehlt es in der Urkunde, weshalb die Eintragung nicht erfolgen konnte."

Auf die hiergegen erhobene Beschwerde ist das Appellationsgericht zu Hamm dieser Ansicht nicht beigetreten, hat vielmehr die bestellte Caution durch die Verfügung vom 12. Juni 1861 aus folgenden Gründen für eintragungsfähig erklärt:

„Die in der gedachten Urkunde vermißte individuelle Bestimmtheit derjenigen Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte, aus denen die durch Caution zu sichernden Forderungen für den Banquier S. S. entstanden sind oder noch entstehen werden, ist nicht für ein wesentliches

Erforderniß der Cautionsbestellung zu erachten. Wollte man hieran festhalten, so wäre es überhaupt unmöglich, für **künftige** Verbindlichkeiten Caution zu leisten, da solche vor ihrer Entstehung allemal der individuellen Bestimmtheit ermangeln. Es verordnet aber der § 14 Tit. 20 Th. I des Allgem. Land-Rechts ausdrücklich:

> „So weit wegen künftiger Ansprüche Caution gefordert und geleistet werden kann, so weit können dergleichen Ansprüche auch durch Pfand oder Hypothek sichergestellt werden (Tit. 14 § 5—8 Abschn. 3)."

und im § 178 Tit. 14 a. a. O. wird der Zweck der Cautionen gerade dahin angegeben:

> „Durch Caution kann sich Jemand der künftigen Erfüllung der Verbindlichkeit eines Andern versichern, oder die Besorgniß künftiger Beeinträchtigungen in seinem gegenwärtigen Eigenthume und Besitze abwenden."

Es steht aber nichts entgegen, den Kreis der künftigen Ansprüche, zu deren Deckung die Caution dienen soll, so weit wie möglich zu ziehen und die Caution, statt für Forderungen einer einzelnen bestimmten Art, für alle und jede Schuldverbindlichkeiten, die unter gewissen Personen entstehen sollten, zu leisten, wie denn auch die Gültigkeit einer Bürgschaft für Alles, was überhaupt Jemand einem Dritten schuldig werden möchte, keinem Bedenken unterliegen würde.

Im vorliegenden Falle handelt es sich aber nicht einmal um eine Caution so allgemeiner Art. Die hier bestellte Caution beschränkt sich auf den **Geschäftsverkehr**, in welchen der Cautionsbesteller mit einem Banquier getreten ist, also auf **kaufmännische Creditgeschäfte**, die, so weit dieser Begriff auch sein mag, doch immerhin eine gewisse **Gattung** von Rechtsgeschäften bilden. — Es trifft daher um so weniger der Vorwurf zu, daß die Cautionsurkunde es an der gehörigen Bestimmtheit der durch die Hypothek zu sichernden Rechtsgeschäfte fehlen lasse...."

# Glossen zum Allgemeinen Land-Recht.

Von Dr. J. A. Gruchot.

## Allgemeines Land-Recht Th. I Tit. 7.

## Von Gewahrsam und Besitz.

(Fortsetzung.)

(Von der Wiederherstellung des durch Gewalt oder List, heimlich, oder bittweise entnommenen oder gestörten Besitzes.)

§ 146. 3. Anlangend die subjektive Beschaffenheit der die Possessorienklage begründenden Handlung, so wird zwar in einem Erkenntnisse des O. A. G. zu Celle vom 9. Juli 1849 ganz allgemein gesagt:

> Das Spolium ist nicht durch das Vorhandensein eines bösen Vorsatzes bedingt.
>
> Seuffert, Archiv B. 12 Nr. 34.

Damit scheint jedoch nur verneint zu sein, daß die Handlung den Charakter eines eigentlichen Dolus an sich tragen, nicht aber auch, daß dieselbe sich als eine mit Absicht vorgenommene, widerrechtliche Eigenmacht darstellen müsse. Die Nothwendigkeit des letzteren Erfordernisses geht schon daraus hervor, daß, wenigstens nach römischem Recht, die zum Schutz des Besitzes gegebenen Rechtsmittel die Natur der Deliktsklagen haben. — Diese Ansicht liegt auch einem Erkenntnisse des O. H. G. zu Mannheim vom 10. Januar 1843 zum Grunde, worin ausgeführt ist:

> Eine unrechte That begründet in der Regel für denjenigen, gegen welchen sie verübt wurde, nur Anspruch auf Schadensersatz. Wenn aber die That von der Beschaffenheit ist, daß dadurch derjenige, gegen welchen sie verübt wird, an der Ausübung eines Besitzes von Liegenschaften oder Dienstbarkeiten verhindert, und zugleich die Absicht des Handelnden an den Tag gelegt wird, den Besitz der Liegenschaft oder der Dienstbarkeit, oder aber die Freiheit von der letzteren zu gewinnen, so ist solches eine Besitzstörung, wegen welcher der, gegen den die That verübt wurde, nicht allein auf Schadensersatz, sondern auch auf richterlichen Schutz gegen Wiederholungen derselben That klagen kann. Fehlte es bei der Verübung der That an der bezeichneten, das eigene Interesse angegebenermaßen bezweckenden Absicht des Handelnden, so kann derselbe zwar mit einer Entschädigungsklage, nicht aber mit einer Besitzklage belangt werden....
>
> Seuffert, Archiv B. 1 Nr. 60.

Hieraus ergibt sich auch von selbst die Nothwendigkeit, im Possessorienstreite die Handlungsweise des Verklagten in Beziehung auf ihre Rechtmäßigkeit oder Unrechtmäßigkeit insoweit der Beurtheilung zu unterwerfen, als davon die Entscheidung der Frage abhängt, ob überhaupt der Fall einer widerrechtlichen Eigenmacht Seitens des Verklagten, als der wesentlichen Voraussetzung der Possessorienklage vorliegt.

Vergl. die Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 31. Januar 1853 (Entscheid. B. 25 S. 1 f.), vom 21. December 1853 (Striethorst, Archiv B. 11 S. 176 f.) und vom 27. September 1858 (ebendas. B. 30 S. 276 f.), desgleichen vom 11. Juni 1850 (Just. M. Bl. 1854 S. 108 Nr. 36) und vom 9. Juli 1851 (Striethorst, Archiv B. 4 S. 5).

Von einer solchen Voraussetzung kann offenbar dann nicht die Rede sein, wenn es sogar an dem Nachweise fehlt, daß die der Possessorienklage zum Grunde liegende Handlung mit dem Willen des Verklagten vorgenommen worden. Hierüber spricht sich der eben gedachte Gerichtshof in einem Erkenntniß vom 27. Oktober 1852 dahin aus:

> Der Arbeitsherr kann wegen der durch gedungene Arbeiter vorgenommenen Besitzstörungen, wenn dieselben ohne seinen Auftrag gehandelt haben, nicht in possessorio belangt werden, da in der Vernachlässigung der Aufsicht, also in einer bloßen Unterlassung keine Thätigkeit zu finden ist, die eine Besitzstörung involvirt; abgesehen davon, daß der Arbeitsgeber für die Folgen der vernachlässigten Aufsicht nicht unbedingt verantwortlich gemacht werden kann.
>
> Just. Min. Bl. 1854 S. 111.

Mit dem oben angegebenen Gesichtspunkte hängt es auch zusammen, wenn das Ober-Tribunal durch den Plenarbeschluß vom 2. April 1849 den allerdings sehr bedenklichen,[1]) und auch in späteren Anwendungen[2]) mehrfach modifizirten Rechtssatz angenommen hat:

> Derjenige, welcher aus Auftrag eines Dritten und für denselben eine besitzstörende Handlung unternommen hat, kann sich von der gegen seine Person angestellten Besitzklage durch den mit Beweis gehörig zu unterstützenden Einwand befreien, daß ein solcher Auftrag zu Grunde gelegen habe.[3])

Desgleichen wenn derselbe Gerichtshof in dem Erkenntnisse vom 8. Juni 1855 ausspricht:

---

1) Vergl. Koch, Kommentar des A. L. R. zu § 148 d. T.

2) Vergl. das Erkenntniß des Ob. Trib. vom 26 Januar 1852 (Just. M. Bl. 1854 S. 110, 111), vom 1. April 1856 (Striethorst, Archiv B. 20 S. 297 f.) und vom 4. April 1856 (ebendas. B. 21 S. 50).

3) Vergl. auch Rechtsfälle aus der Praxis des Ober-Tribunals B. 3 S. 263 und B. 4 S. 110.



Die das Possessorium bedingende Turbation setzt eine durch Gewalt, List, heimlich oder bittweise erfolgte Besitzentziehung oder Störung voraus. Davon kann aber nicht die Rede sein, wenn der angeblich Turbirte mit der als Störung bezeichneten Handlung sich im Voraus einverstanden erklärt, oder solche hinterher gutgeheißen und dergestalt durch seine Einwilligung zu erkennen gegeben hat, daß jene vitia possessionis nicht vorhanden seien. Ob dieser Consens in einer bestimmten, z. B. schriftlichen Form ertheilt worden, ist für das Possessorium gleichgültig, weil auch durch die nur mündlich erfolgte Beistimmung der Begriff der Gewalt, List und Heimlichkeit ausgeschlossen wird, die weitere Rechtsverbindlichkeit aber nicht im Possessorien- sondern im Petitorien-Prozesse zu untersuchen bleibt.
Entscheid. B. 34 S. 84, 85.

Mit den subjectiven Voraussetzungen der Possessorienklage steht endlich die wichtige Frage in Verbindung:

ob diese Klage auch gegen denjenigen gerichtet werden könne, der die betreffende Handlung in Ausübung seines Amtes vorgenommen hat.

Bruns a. a. O. S. 72, 73 bemerkt hierüber:

Schließlich mag noch die früher häufig besprochene Frage berührt werden, ob Staatsbehörden, namentlich richterliche, wenn sie in Fällen, wo sie nicht dazu berechtigt sind, Jemand executionsweise geradezu aus dem Besitze vertreiben, oder ihm mit oder ohne Androhung der Execution die Verlassung des Besitzes befehlen, dadurch eine Dejection begehen, und das interd. U. V. gegen sich und die, denen sie den Besitz geben, begründen. Eine unmittelbare Entscheidung der Frage enthalten die Quellen nicht, wohl aber eine ziemlich nahe liegende Analogie, indem es bei der actio metus in l. 3. §. 1. q. m. c. heißt:

Sed vim accipimus atrocem et eam, quae adversus bonos mores fiat, non eam, quam magistratus recte intulit, scil. jure licito. Caeterum si per injuriam quid fecit populi Romani magistratus, vel provinciae praeses, Pomponius scribit, hoc edictum locum habere, si forte, inquit, mortis aut verberum terrore pecuniam alicui extorserit.

Hier ist das Prinzip anerkannt, daß die gewöhnlichen Privatklagen auch bei widerrechtlichen Gewaltthätigkeiten der Behörden zulässig sind. Die Anwendung desselben auf das interd. U. V. kann kaum einem Zweifel unterliegen. Natürlich müssen aber dessen allgemeine Erfordernisse da sein. Deshalb ist es bei wirklicher Execution allerdings für zulässig zu erklären, nicht aber, wenn man sich einem bloßen Befehle fügt, weil hier, selbst wenn mit der Execution gedroht ist, die Gewalt doch nicht so gegenwärtig ist, wie beim interd U. V. dem obigen zufolge nothwendig ist.

Ein Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 12. Februar 1830 spricht sich dahin aus:

Jede Klage ex capite vis setzt eine vis injusta voraus, da das Fundament aller dieser Klagen in einer obligatio ex delicto besteht, ist mithin

nicht begründet, wenn die Anwendung der Gewalt von Seiten des Beklagten eine rechtmäßige, ja sogar eine pflichtmäßige Handlung war. Eine solche Handlung aber ist es, wenn ein Unterbedienter der Obrigkeit einen ihm von seiner vorgesetzten Behörde ertheilten Executionsbefehl vollzieht, sobald nur theils die Erlassung eines Befehls dieses Inhalts an sich zu dem Geschäftskreise jener Behörde gehört, theils derselbe dem Unterbedienten auf eine formell gültige Weise zugegangen ist, theils der Unterbediente bei dessen Vollziehung nicht excedirt hat, und es ist dabei ganz gleichgültig, ob die Ertheilung des Befehls von Seiten des Vorgesetzten in dem concreten Falle rechtmäßig war oder nicht, da der Unterbediente — unter den aufgestellten Voraussetzungen — die Rechtmäßigkeit des ihm ertheilten Executionsbefehles nicht untersuchen darf, sondern vermöge seiner Dienstpflicht denselben ohne eine solche Untersuchung vollziehen muß. Der von dem Kläger dawider angeführte Grundsatz des römischen Rechts, daß man sich gegen das interdictum unde vi nicht mit der Einrede eines Mandats schützen kann, welcher darauf beruht, daß unter Privatleuten die Ertheilung und Annahme eines Auftrags zu einer gewaltsamen Besitzentsetzung jederzeit unerlaubt, mithin dessen Vollziehung immer eine vis injusta ist, findet nach der Natur der Sache keine Anwendung auf die Obrigkeit und deren Unterbediente, welche vermöge ihres Amtes befugt und verpflichtet sind, Zwang und Gewalt im Wege der Execution anzuwenden ......

Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 26.

Desgleichen ein Erkenntniß des L. G. zu Wolfenbüttel vom 19. August 1830:

Wenn der Richter innerhalb der Grenzen der ihm angewiesenen Kompetenz Verfügungen, welche den Gesetzen nicht entsprechen, erläßt, so begeht er dadurch doch eine solche Eigenmacht nicht, worin ein Grund zu einer Spolienklage gefunden werden könnte.

Matthiä, Controversen-Lexicon II S. 339.

Ferner ein Erkenntniß des O. A. G. zu Rostock vom 23. März 1854:

Da der Beklagte nicht nach eigenem Gutdünken und als Privatmann, sondern in Folge deßfallsigen Befehls des Großherzoglichen Kammer- und Forstcollegiums und in seiner Qualität als Forstbeamter die fragliche Handlung vorgenommen hat, so war er nicht verpflichtet, sich auf die wider ihn angestellte Klage einzulassen, indem er weder berechtigt noch verpflichtet ist, die Rechtmäßigkeit derartiger dienstlicher Befehle, welche er vermöge seiner amtlichen Stellung zu befolgen schuldig ist, in foro justitiae zu vertreten, und ihm auch namentlich die Befugniß fehlt, in Betreff der für das Schicksal der angestellten Klage entscheidenden Rechts- und Besitzverhältnisse an der F... er Forst die Rechte des Landesherrn zu vertreten. Es ist daher, da die vorgeschützte Einrede nicht als nominatio auctoris, sondern als exceptio deficientis legitimationis ad causam passivae aufzufassen, mit Recht entschieden worden, daß Beklagter nicht schuldig sey, sich auf die erhobene Klage einzulassen.

Uebrigens konnte es nach der Beschaffenheit der fraglichen Handlung von Anfang an nicht zweifelhaft seyn, daß der Beklagte dieselbe nur in seiner Eigenschaft als Forstbeamter vorgenommen habe, und daß also

nicht er, sondern das Großherzogilche Kammer- und Forstcollegium zu belangen seyn würde.

Seuffert, Archiv B. 7 Nr. 317.

Die Frage:

inwiefern über executivische Maaßregeln der Regierungen gegen einen angeblichen Pächter fiskalischer Grundstücke die Possessorienklage zulässig sei,

ist in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 24. Oktober 1856 dahin entschieden:

Von dem allgemeinen Grundsatze, daß alle Privatrechtsstreitigkeiten, auch wenn der Fiskus dabei betheiligt ist, dem ordentlichen Rechtswege unterliegen (§§ 81, 82 Tit. 14 Th. II A. L. R. und § 1 Einl. zur Proz.-Ord.) tritt nach § 42 Nr. 4 der Verordnung vom 20. December 1808 eine Ausnahme insofern ein, als der Fiskus die Verpflichtung seiner Pächter zur Räumung nach abgelaufener Pachtzeit auf Grund einer summarischen Untersuchung durch eine Resolution selbst festsetzen und diese vollstrecken lassen darf, ohne daß dawider eine Possessorienklage stattfindet. Diese Ausnahme greift aber einerseits nur Platz, wenn wirklich ein bloßes Zeitpachtsverhältniß obgewaltet (Erkenntniß des Competenz-Gerichtshofes. Just. M. Bl. XVII S. 108) und wenn andererseits eine, bezüglich der Räumung nach vorgängiger summarischer Untersuchung erlassene Resolution der Regierung vorliegt.

Entscheid. B. 34 S. 85—89.

4. Die Wiederherstellung des durch Gewalt rc. entzogenen Besitzes ist geboten „ohne Rücksicht auf ein besseres Recht dessen, der die Gewalt verübt hat."

Ulp. l. 1 § 2 D. quod vi aut clam (43, 24): Et parvi refert, utrum jus habuerit faciendi, an non; sive enim jus habuit, sive non, tamen tenetur interdicto, propterea quod vi aut clam fecit; tueri enim jus suum debuit, non injuriam comminisci.

§ 3. Denique est quaesitum: an hoc interdicto utenti exceptionem possit quis objicere: „si eam non jure meo receperim?" Et magis est, ne possit; nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest.

Mevii Decis. VI. 173:... Incongrua est, ubi de possessione tantum retinenda agitur, disputatio de ejus titulo, justus sit nec ne, quae potius ad petitorium pertinet.

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 9. Januar 1849: Im Besitzstreite dürfen petitorische Einreden nicht vorgeschützt werden. Denn wenn der Richter diese beachten wollte, so würde der Besitzstreit nothwendig in den Rechtsstreit hinübergeführt werden, was ohne einen darauf gerichteten Antrag des Klägers nicht zulässig ist, indem sonst der Richter über eine nicht angebrachte petitorische Klage erkennen würde.

Seuffert, Archiv B. 3 Nr. 228.

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 14. Oktober 1850: Die von der Fehlerhaftigkeit des Besitzes verschiedene Frage, ob der Erwerb

des Besitzes ein rechtmäßiger sei, darf in das Possessorium nicht hineingezogen werden.

Just. Min. Bl. 1854 S. 106.

Preuß. Proz. Ord. Tit. 31 § 4: „Bei Thatsachen, welche bloß das Recht zum Besitze, oder den Titel desselben betreffen, muß sich der Instruent nicht aufhalten."

Oesterr. allgem. bürg. Gesetzbuch § 346: „Gegen jeden unechten Besitzer kann sowohl die Zurücksetzung in die vorige Lage, als auch die Schadloshaltung eingeklagt werden. Beydes muß das Gericht nach rechtlicher Verhandlung, selbst ohne Rücksicht auf ein stärkeres Recht, welches der Geklagte auf die Sache haben könnte, verordnen."

Hiermit steht die Frage in Verbindung:

ob und in wie fern der injustus possessor von der Possessorienklage ausgeschlossen sei.

Vergl. Mevii Decis. VIII. 323: Adversus extraneos possessores quidem vitiosa possessio prodesse solet, ideo etiam, qui vi possidebat, ubi ab alio dejicitur, interdicto utitur, non autem similiter contra eum, qui ab ultimo violento aut injusto possessore spoliatus seu dejectus est. In pari quippe utriusque vitio potior est causa possessoris, et praesens possessio praeterita anterior. Quocirca non modo ex sua improbitate, qui injuste accepit, actionem non habere debet, sed etiam repellitur exceptione doli, dum petit, quod statim restituere debet. . . .

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. VI cap. III Not. 4: Jure hodierno ... unicus actus possessorius, idemque quiete exercitus, sufficit, ita, ut exceptio vitii, puta violentiae, clandestinitatis, et precarii non admittatur, sed in judicium possessorium ordinarium rejiciatur.

Carl Albert, über den Besitz unkörp. Sachen. Nr. I Versuch einer Darstellung des interd. de itin. actuque priv. (Leipzig 1826) S. 107, 108. ... Die Einrede des mangelhaften Besitzes kommt lediglich demjenigen zu, von welchem der Kläger wirklich vitiose besitzt, weil sie in Beziehung auf jeden Dritten eine nicht zu berücksichtigende exceptio de jure tertii sein würde. Sollte daher der Kläger auch wirklich sich in einem hinsichts des Grundeigenthümers mangelhaften Besitze befinden, so muß ihm dennoch gegen jeden Dritten der possessorische Schutz zugesprochen werden.*)

---

*) Ulp. l. 1 § 9 D. uti poss. (43, 17): Quod ait Praetor in interdicto: „nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis," hoc eo pertinet, ut, si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio, si vero ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. Has enim possessiones non debere proficere, palam est. Paul. l. 2 eod.: Justa enim, an injusta adversus ceteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. Venulej. l. 53 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet. § 4 J. de interd. (4, 15): . . . . uti possidetis interdicto is vincebat, qui interdicti tempore possidebat, si modo nec vi, nec clam, nec precario nactus fuerat ab adversario possessionem,



Derselbe über das interd. uti possidetis der Römer (Halle 1824) S. 89—103.

Preuß. Landrecht von 1721 Buch III Tit. 5 Art. 2 § 4: „Und obgleich der Beklagte wieder die Intention des Klägers excipirte und sagte, der Kläger wäre kein rechtmäßiger Besitzer, — sondern er hätte solche Possession und Besitz einem Andern mit Gewalt oder heimlich entwendet, so ist er damit nicht zu hören, und ist ohne Mittel allein an dem gelegen, ob dem Beklagten solche Entwendung geschehen sei oder nicht. Denn wo der Besitzer solche seine Possession und Besitz von einem Andern, und nicht von dem Beklagten erlanget: mag er, der Antworter oder Beklagter, sich derselben fremden Einrede und Exception gar nicht behelfen noch gebrauchen, obgleich der Besitzer oder Innehaber unrechtmäßiger Weise in die Possession und Besitz gekommen wäre."

Oesterr. allg. bürg. Gesetzb. § 339: „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören . . ."

In Betreff des Preuß. Rechts ist zu verweisen auf v. Rönne, Ergänz. und Erläut. des Allg. Land-Rechts I S. 183.

5. Sind die possessorischen Rechtsmittel auch für die Fälle anwendbar, wo es sich um den Besitz einer res publica handelt?

v. Langenn und Kori, Erörterungen praktischer Rechtsfragen Th. 1 Nr. 27 S. 229 f. behandeln die Frage:

Ist die Klage auf den jüngsten Besitz auch für den Gebrauch eines öffentlichen Weges zulässig?

Die juristische Facultät zu Leipzig hatte dieselbe in einem Rechtsfalle unter Berufung auf l. 25 D. quemadm. serv. amitt. (8, 6 *) verneint. Das Sächs. Appellations-Gericht hat sie dagegen aus folgenden Gründen bejaht:

Die l. 25 cit. geht nur davon aus, daß derjenige auf den Besitz oder das Recht einer Servitut nicht klagen könne, welcher den Besitz nicht für sein eigenes Interesse ausgeübt hat, sondern im Namen eines Dritten, einer Privatperson oder einer Gemeinheit. Dieses Gesetz, mit welchem noch andere übereinstimmen,

l. 3 § 1 und 6, l. 9, l. 18 pr. l. 41 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2)

---

etiam si alium vi expulerat, aut clam arripuerat alienam possessionem, aut precario rogaverat aliquem, ut sibi possidere liceret. . . .

Vergl. dagegen in Betreff des interd. unde vi:

§ 6 J. de interd.: . . . Nam ei proponitur interdictum unde vi, per quod is, qui dejecit, cogitur ei restituere possessionem, licet is ab eo, qui dejecit, vi, clam, vel precario possidebat. l. 7 C. unde vi (8, 4) v. Savigny § 40 S. 541 f. Puchta, Cursus der Inst. B. 2 S. 538 f.

*) (Paulus) Servitute usus non videtur, nisi is, qui suo jure uti se credidit. Ideoque si quis pro via publica vel pro alterius servitute usus sit, nec interdictum, nec actio utilis competit. Vergl. auch die Glossen zu § 82 d. T, (oben S. 298 f.).

ist aber auf den vorliegenden Fall, wo der Kläger allerdings einen eigenen Besitz für sich und sein Schenkhaus zu haben behauptet, nicht anwendbar. Ein solcher Privatbesitz kann auch an einem Communicationswege ausgeübt werden und im Possessorium summariissimum wird nur auf den faktischen fehlerfreien Besitz einer Sache oder eines Rechts gesehen, ein solcher aber durch die Qualität einer via publica nicht ausgeschlossen. Weder im Römischen, noch im Sächsischen Recht findet sich ein Verbot des Besitzprozesses, welcher den Gebrauch eines Communicationsfahrweges zum Gegenstande hat.....

Einen ähnlichen Fall beurtheilt ein Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 11. April 1855:

Ein Hauseigenthümer behauptete, Eigenthümer und Besitzer eines an seinen Hofraum grenzenden — dem äußern Anschein nach einen Theil der öffentlichen Straße bildenden — Platzes zu sein, und bat um Schutz im Besitze desselben, in welchem er sich durch die von dem Stadtrath ihm verweigerte Erlaubniß zur Umzäunung dieses angeblich städtischen Platzes gestört fand. Die Stadtgemeinde machte geltend, daß der streitige Platz einen Theil der öffentlichen Straße bilde, die Benutzung der öffentlichen Straßen und Plätze durch die Ortseinwohner aber kein privatrechtliches Besitzverhältniß begründe, sondern lediglich unter Aufsicht der Polizei stehe, mithin der Streit gar keine bürgerliche Rechtssache sei. — Diese Ansicht wurde verworfen, weil die Parteien gerade darüber streiten, ob der Platz zu der Straße, oder zu dem an die Straße grenzenden Besitzthum des Klägers gehöre, ob er also im Eigenthume der Beklagten, oder im Eigenthume des Klägers sich befinde, und so gewiß der Streit über das Eigenthum an dem Platze von dem Civilrichter zu entscheiden sein würde, so unzweifelhaft sei für die Klage auf Schutz im Besitz des angeblich im Eigenthum des Klägers befindlichen Platzes nur der Civilrichter zuständig..... Für die Zulässigkeit der Besitzklage genügt es, daß die Sache, in deren Besitz der Kläger geschützt sein will, eine solche Sache ist, welche ihrer natürlichen Beschaffenheit nach ebensowohl im Eigenthum des Klägers als in dem der Beklagten sein kann; der Streit über das Eigenthum selbst bleibt dem petitorischen Verfahren vorbehalten, und da jene Einwendung auf einer Voraussetzung beruht, welche erst in dem petitorischen Verfahren festgestellt werden kann, so war sie in dem gegenwärtigen Besitzverfahren nicht zu berücksichtigen.

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 159.

## 6. Was gehört zur Wiederherstellung des durch Gewalt 2c. entzogenen Besitzes?

Die Pandektenjuristen stellen hierüber folgende Grundsätze auf:

**Ulp. l. 1 § 31 D. de vi (43, 16): Qui vi dejectus est, quidquid damni senserit ob hoc, quod dejectus est, recuperare debet. Pristina enim causa restitui debet, quam habiturus erat, si non fuisset dejectus. § 32. Si fundus, a quo vi expulsus sum, mihi restitutus esset, ceterae vero res, quae vi ablatae sunt, non restituantur, hic dicendum est, interdictum nihilominus tenere, quia verum est, me vi esse**

dejectum.... § 40. Ex die, quo quis dejectus est, fructuum ratio habetur, quamvis in ceteris interdictis, ex quo edita sunt, non retro computantur. Idem est et in rebus mobilibus, quae ibi erant; nam et earum fructus computandi sunt, ex quo quis vi dejectus est. § 41. Non solum autem fructuum ratio in hoc interdicto habetur, verum ceterarum etiam utilitatum habenda est. Nam et Vivianus refert, in hoc interdicto omnia, quaecunque habiturus vel adsecuturus erat is, qui dejectus est, si vi dejectus non esset, restitui, aut eorum litem a judice aestimari debere, eumque tantum consecuturum, quanti sua interesset, se vi dejectum non esse.

Paul. l. 6 eod.: In interdicto unde vi tanti condemnatio facienda est, quanti intersit possidere. Et hoc jure nos uti, Pomponius scribit, id est, tanti rem videri, quanti actoris intersit; quod alias minus sit, alias plus ...

Vergl. auch l. 4 und 9 C. unde vi (8, 4).

Hiernach ist die Klage auch gegen den Nichtbesitzer zulässig.

Ulp. l. 1 § 42 D. de vi (43, 16): Ex interdicto unde vi etiam is, qui non possidet, restituere cogetur.

Paul. l. 15 eod.: Si me vi dejeceris, vel vi aut clam feceris, quamvis sine dolo et culpa amiseris possessionem, tamen damnandus es, quanti mea intersit, quia in eo ipso culpa tua praecessit, quod omnino vi dejecisti, aut vi, aut clam fecisti.

Das Allgemeine Land-Recht enthält hierüber keine nähere Vorschriften, weist jedoch im § 158 d. T. auf die Pflicht des unterliegenden Theils hin, dem Kläger „für den aus der Vorenthaltung des Besitzes entstandenen Schaden gerecht zu werden." In formeller Beziehung bestimmt die Prozeß-Ordnung Tit. 31 § 17:

„Bloß die Frage wegen des Besitzstandes kann durch dieses Erkenntniß entschieden werden. Andere Punkte, z. B. der geforderte Ersatz eines aus der Entsetzung oder Störung des Besitzes erwachsenen Schadens, sind zur besonderen Verhandlung zu verweisen.

---

§ 147.

Ulp. l. 2 pr. D. de precario (43, 26): Ait Praetor. „Quod precario ab illo habes, aut dolo malo fecisti, ut desineres habere, qua de re agitur, id illi restituas." § 1. Hoc interdictum restitutorium est.

„Das Landrecht kennt außer den drei römischen vitia possessionis (vi, clam, precario) auch noch die List*) (dolus malus) als viertes vitium, was sich freilich, wenn überhaupt, nur bei der juris quasi possessio denken läßt."

Lenz, Studien und Kritiken S. 37, 38.

---

*) „List ist jedes betrügerische Mittel und jeder versteckte Anschlag, wodurch der Besitzer bestimmt wird, die Gewahrsam dem Listigen zu überlassen." Koch, Lehrbuch I § 185.

Derselbe Ausdruck findet sich auch im Oesterreichischen Gesetzbuche, welches § 345 bestimmt:

„Wenn sich jemand in den Besitz eindringt, oder durch List oder Bitte heimlich einschleicht..., so wird der an sich unrechtmäßige und unredliche Besitz überdies unecht — — —."

---

§ 148. 1. „gegen den Entsetzenden und seine Theilnehmer."

Ulp. l. 1 § 12 D. de vi (43, 16): Dejecisse autem etiam is videtur, qui mandavit vel jussit, ut aliquis dejiceretur; parvi enim referre visum est, suis manibus quis dejiciat, an vero per alium. Quare si familia mea ex voluntate mea dejecerit, ego videor dejecisse. § 13. Quoties verus procurator dejecit, cum utrolibet eorum, id est, *sive* domino, sive procuratore, agi posse, Sabinus ait, et alterius nomine alterum eximi, sic tamen, si ab altero eorum litis aestimatio fuerit praestita; non enim excusatus est, qui jussu alicujus dejecit, non magis, quam si jussu alicujus occidit.... § 14. Sed et si, quod alius dejecit, ratihabuero, sunt, qui putent, secundum Sabinum et Cassium, qui ratihabitionem mandato comparant, me videri dejecisse, interdictoque isto teneri. Et hoc verum est; rectius enim dicitur, in maleficio ratihabitionem mandato comparari.

Idem. l. 3 § 10 eod.: Quum procurator armatus venit, et ipse dominus armis dejecisse videtur, sive mandavit, sive, ut Julianus *ait*, ratum habuit. § 12. Hoc interdictum etiam adversus eum proponitur, qui dolo malo fecit, quo quis armis dejiceretur....

Mevii Decis. VIII. 383:... jus canonicum (cap. 18 X de restit. spoliat.) etiam adversus tertium singularem possessorem remedium tribuit, sed ita, si violentae possessionis auctoris conscius et in peccato fuerit.....

Diese auch für den Fall der Besitzstörung geltenden Grundsätze (§ 150 d. T.) sind in einem Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 31. Mai 1851 zur Anwendung gebracht worden.*)

Ein Beklagter suchte die Beschwerde gegen das Erkenntniß des vorigen Richters, wodurch die Kläger in dem Besitz einer Wegegerechtigkeit geschützt worden waren, damit zu begründen, daß er nicht der Urheber der besitzstörenden Handlungen, also nicht der rechte Beklagte sey.

Diese Beschwerde wurde jedoch verworfen, da

---

*) Vergl. die Erkenntnisse des Ober-Tribunals zu Berlin vom 8. December 1852 und 1. April 1856, worin eine Besitzstörungsklage gegen einen Gutssequester so wie gegen einen auf Geheiß des Verpächters handelnden Pächter für zulässig erklärt wird (Striethorst, Archiv B. 8 S. 83 f. u. B. 20 S. 297 f.); während in den Rechtsfällen des Geh. Ober-Tribunals B. 3 S. 362 u. B. 4 S. 110 f., so wie in dem Plenar-Beschlusse vom 2. April 1849 (Entsch. B. 18 S. 11 f.) der höchste Gerichtshof von entgegengesetzten Ansichten ausgeht. Siehe oben S. 468.



1) die besitzstörenden Handlungen von den Forstdienern des Beklagten als solchen und im Interesse ihres Dienstherrn, um dessen Eigenthum gegen die Eingriffe der Kläger zu schützen, vorgenommen worden;

2) der Beklagte diese amtlichen Handlungen seiner Diener niemals mißbilligt, sondern im ganzen Laufe des Rechtsstreits als seine eigenen Handlungen geltend gemacht hat, indem er der Klage die Einwendung entgegenhielt, daß er durch jene Handlungen die Besitzanmaßungen der Kläger abgewehrt und diese sogar aus dem Besitz verdrängt habe;

3) hiernach aber der Beklagte im rechtlichen Sinne als Urheber der störenden Handlungen erscheint, somit der rechte Beklagte ist.

Seuffert, Archiv B. 4 Nr. 228.

2. „gegen den Erben." *)

Ulp. l. 1 § 48 D. de vi (43, 16): Ex causa hujus interdicti in heredem, et bonorum possessorem, ceterosque successores in factum actio competit in id, quod ad eos pervenit. l. 3 pr. eod.: Idem est, et si quis armis dejectus est, quia ex facinoribus defunctorum de eo, quod ad heredem pervenit, actio datur....

l. 2. C. unde vi (8, 4): Vi pulsos restituendos esse interdicti exemplo, si necdum utilis annus excessit, certissimi juris est, et heredes teneri in tantum, quantum ad eos pervenit.

Pauli sent. rec. V. 6 § 12: Heres ejus, qui precariam possessionem tenebat, si in ea manserit, magis dicendum est, clam videri possidere, nullae enim preces ejus videntur adhibitae. Et ideo persecutio ejus rei semper manebit, nec interdicto locus est.

Ulp. l. 8 § 8 D. de prec. (43, 26): Hoc interdicto heres ejus, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse, ut, sive habeat, sive dolo fecit, quominus haberet, vel ad se perveniret, teneatur. Ex dolo autem defuncti hactenus, quatenus ad eum pervenit.

Gilt dasselbe auch bei der Besitzstörungsklage?

Carl Albert über das interd. uti possidetis der Römer (Halle 1824) S. 207—209 behandelt die Frage:

Findet das interd. uti poss., welches gegen eine gewisse Person zustand, bei deren Leben es aber noch nicht angestellt war, gegen den Erben dieser Person Statt?

und bemerkt hierüber:

— — — Das „vim fieri veto" kann der Natur der Sache nach bloß gegen denjenigen ausgesprochen werden, welcher unmittelbar oder mittelbar die Störung vorgenommen hat, also nicht gegen den Erben, dem in dieser Hinsicht nichts zur Last fällt; nur dann, wenn derselbe die Störung fortsetzt, kann wegen dieser seiner eigenen Handlung das vim fieri veto anwendbar sein. Es ist daher unläugbar, daß das int. uti poss. gegen den Erben des Störers als solchen keineswegs Statt findet. Der Erbe ist indessen verbunden, dasjenige, was durch die vom Erblasser unter-

*) Vergl. Geyert in der Jurist. Wochenschr. 1837 S. 809—822.



nommene Störung auf ihn gekommen ist (id quod ad eum pervenit) zu ersetzen. l. 35 pr. D. de O. et A. 44, 7. Dieses lucrum wird durch eine besondere Klage verfolgt.

Dagegen leidet es kein Bedenken, daß das gegen den Besitzstörer ergangene Erkenntniß auch gegen dessen Erben vollstreckbar ist.

Einen Fall dieser Art betrifft das Responsum der Leipziger Juristen-Facultät vom Februar 1777, welches Hommel (Rhaps. V. obs. 685 Nr. 5) unter der Ueberschrift mittheilt:

Qui vicit in possessorio defunctum, non opus habet nova actione aut novis rotulis, si heres turbet; sed mulcta viginti thalerorum ab herede turbante statim exigitur, aut cautio de non amplius turbando commissa declaratur.

Wenn die dem Besitze eines Andern widerrechtlich entzogene Sache sich nur in der Gewahrsam des Einen von mehreren Erben des Entsetzenden befindet, so kann, auch bei noch ungetheilter Erbschaft, die Possessorienklage nur gegen diesen gerichtet werden. Denn der Erbe ist nicht als solcher, sondern nur als Inhaber der von dem Erblasser vi, clam oder precario an sich gebrachten Sache im Wege des Possessorien-Prozesses zu belangen.

Paulus l. 9 pr. D. de vi (43, 16): Si plures heredes sunt, unusquisque non in amplius, quam ad eum pervenerit, tenetur. Qua de causa interdum in solidum tenebitur is, ad quem totum pervenerit, quamvis ex parte heres sit.

3. Gegen den Singularsuccessor ist die Possessorienklage nicht zulässig.

Ulp. l. 3 § 10 D. uti poss. (43, 17): Non videor vi possidere, si ab eo, quem scirem vi in possessione esse, fundum accipiam.

Paul. l. 7 D. de vi (43, 16): Quum a te vi dejectus sim, si Titius vi eandem rem possidere coeperit, non possum cum alio, quam tecum interdicto experiri.

Wenn Mevius (Dec. VIII. 383) dem entgegen mit vielen älteren gemeinrechtlichen Juristen den Satz aufstellt:

Singularis possessor, etsi justo titulo bonaque fide possidens, judicis officio*) ad restituendum spoliato possessionem compellendus est,

und zur Begründung desselben bemerkt:

.... Verum multis visum est ..., etiam cum alius possessor violentiae nec correus nec conscius fuerit, etsi lege non sit cautum, tamen ob aequitatem manifestam judicis officio restitutionem injungendam esse. Quocunque enim titulo aut qua fide ab eo, qui vi dejecit, successor acceperit, contra eum, qui vim passus est, possessionem

*) Vergl. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts § 27: „Judicis officium."

retineri non debere aequum, ideo officio judicis curandum esse videbatur, tum quia dejectio violenta vitio reali rem afficit, idque transit ad quemvis possessorem, tum quia ex persona successoris non debet deterior reddi conditio spoliati, tum quia salva conscientia, quod alienum et injuste ademtum resciscit, retinere nequit, tum quia successor cum ea conditione rem accipit, qua habuit auctor, nec plus juris sibi arrogare valet, tum quia alia remedia possessoria et quidem restitutoria contra singularem successorem conceduntur, tum quod antiquior possessio potior esse debet, tum quod ex alienatione dejectoris suo possessorem veterem privari valde iniquum sit. Non quod de vi interdictum contra singularem successorem non datur, inde aliud remedium, praesertim judicis officium, aequitati addictum, excluditur, per quod non aliter cujusquam possessio defenditur, quam quatenus nihil detrahitur juri priori.

so ist hieraus, zumal nach den von Delbrück uns gegebenen Aufschlüssen, klar zu entnehmen, daß wir hier gar nicht ein possessorisches Rechtsmittel, sondern eine petitorische Klage, die durch die Praxis des Mittelalters auf vermeintlich römischer Grundlage ausgebildete dingliche Klage des deutschen Rechts, vor uns haben, die auch, wie weiter unten gezeigt werden soll, dem Preußischen Recht nicht fremd geblieben ist.

Ist die Possessorienklage gegen den Singularsuccessor unzulässig, so kann nur dessen Auctor der passiv Legitimirte sein. Mit Recht hat daher das Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 12. Juli 1858 den Satz angenommen:

Der Besitzer, welcher vor Anstellung der Possessorienklage das Grundstück verkauft, in dessen Interesse er die Störung bewirkt hat, kann hierdurch seine Passivlegitimation hinsichtlich jener Klage nicht beseitigen.
Striethorst, Archiv B. 29 S. 319.

---

§ 149. 1.

Ulp. l. 1 § 44 D. de vi (43, 16): Hoc interdictum et heredi et ceteris successoribus competit.

Celsus l. 12 § 1 D. de precar. (43, 26): Precarii rogatio et ad heredem ejus, qui concessit, transit.

Ulp. l. 8 § 1 eod.: Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede ejus precario habere videtur ....

2. Die Voraussetzung des § 149 ist: daß bereits in der Person des Erblassers die Besitzentsetzungsklage begründet (actio nata) war, also die Besitzverletzung ihn selbst betroffen hat. — So viel ist nun außer Zweifel, daß ein von dem Erblasser im Possessorienprozesse erstrittenes obsiegliches Erkenntniß ohne Weiteres von dem Erben zur Vollstreckung gebracht werden kann.

Hommel, Rhaps. V. obs. 685:

Si defunctus in possessorio vicisset Sempronium, heredi victoris nihil opus est nova actione, novis testium rotulis.

Male actum foret cum rebus humanis, si legibus Romanis, quae possessionem facti esse et non nisi actualiter deprehensam adquiri, adeoque morte possessoris possessionem desinere, nec eam ad heredes transferri statuunt, velimus in herede et statuere: novis interdictis, novis testium rotulis opus esse, licet jam defunctum in possessione praetor sit tuitus. Sic enim processus in infinitum multiplicarentur, nec ullus litium finis foret.... Haec omnia si vera essent, jam coeptum Possessorium heres ne quidem posset continuare....

Ebensowenig leidet es aber auch ein Bedenken, daß das gegen den Erblasser verübte Spolium dem Erben das Recht zur Anstellung oder Fortsetzung des interdictum recuperandae possessionis gibt.

Hommel l. c.:... Heres autem a turbante pro herede agnitus Possessorium, tam summariissimum quam ordinarium, recte instituet, si modo defunctus possederit. Schilter Exerc. 15 § 2. Carpzov P. III const. 9 def. 29 Nr. 6.

Mevii Decis. V. 288: An, cum defunctus possessione dejectus erat, post ejus mortem heres remediis recuperandae possessionis recte utitur? disputatur. Etsi vero ex eo dubitatio exsurgit, quod *possessio* defuncti in heredem non continuatur, sed nova apprehensione *ad eam* obtinendam opus est, ideo, quam heres nunquam habuit, de ea recuperanda inepte acturus videatur, attamen, quia haec actio seu remedium non possessionem, sed tantum jus ad eam requirit, et licet non ipsammet, tamen jus recuperandi ad illam, quod defunctus habuit, ad heredem transit, ideo non minus, quam defunctus, iis ex hujus persona utitur, et ipsi aeque contra adversarium citatio decernenda et actio permittenda est.

Idem III. 92.... Habentur auctor et successor in possessorio etiam summariissimo pro una persona, et illius possessio huic prodest...[1])

Anders liegt die Sache allerdings bei den interdictis retinendae possessionis, da diese den Nachweis des zur Zeit der Klage vorhandenen Besitzes erfordern,[2]) der Besitz aber als ein faktischer Zustand nicht ohne Weiteres auf den Erben übergeht.[3])

Carl Albert, über das interdictum uti possidetis der Römer S. 203—207) behauptet deshalb, daß von einem Schutze des durch

---

1) Vergl. Delbrück, die dingliche Klage des deutschen Rechts S. 295. „Die meisten älteren italienischen Stadtrechte, wie die von Mailand, Pavia, Padua, Brescia und Ferraro enthielten den Satz: defuncti possessionem in heredem continuari, namentlich heißt es in den Statuten von Ferrara: quod ex ea possessione tribuantur seu competant quaelibet interdicta et remedia possessoria, etiam recuperandae. Aehnlich lauten deutsche Particularrechte..."

2) v. Savigny, Recht des Besitzes § 35 a. E.

3) Vergl. die Glossen zu § 49 d. T. Nr. 3 (Bd. IV S. 464 dieser „Beiträge").

den Tod des Erblassers weggefallenen Zustandes, mithin auch von einem interd. uti poss. nicht mehr die Rede sein könne. — Er will aber hieraus weiter gefolgert wissen, daß, wenn auch der Erbe den Besitz des betreffenden Grundstückes nach dem Tode des Erblassers wirklich ergriffen habe, ihm deshalb doch immer nicht das seinem Erblasser erwachsene interd. uti poss. zukomme.

Denn — so fährt er fort — der Erbe kann in solchem Falle nur wegen Störung in seinem Besitze sich des interd. uti poss. bedienen; der Besitz des Erblassers und sein Besitz sind, als bloße Facta betrachtet, ganz verschiedene Dinge; er kann daher die Störung, welche dem Besitze seines Erblassers widerfuhr, nicht als Störung seines eigenen Besitzes ansehen und aus diesem Grunde das interd. uti poss. anstellen.

Hieraus erhellt, daß das interd. uti poss. in dieser Hinsicht nicht activ auf den Erben übergeht, was auch von den bewährtesten Rechtslehrern angenommen wird. — Anders verhält es sich mit dem Schaden, welcher durch die Störung dem Erblasser verursacht war. Da nämlich alle Rechte, sofern sie zum Vermögen des Erblassers gehören, durch den Erwerb der Erbschaft unmittelbar auf den Erben übergehen, so wird auch das Recht des Erblassers wegen der ihm widerfahrenen Besitzstörung Schadensersatz zu fordern, auf den Erben übertragen.

In Uebereinstimmung hiermit bemerkt auch v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2. Abth. 1 S. 53:

Der active Uebergang des schon erwachsenen Interdicts (retinendae possessionis) wird von Einigen nur in Ansehung des Singular-Nachfolgers geläugnet (s. Heerwart in Linde's Zeitschrift B. 12 S. 192); er läßt sich aber schwerlich auch für den Universal-Nachfolger anders als etwa in Ansehung des id quod interest und allenfalls insofern denken, als in der dem Vorgänger widerfahrenen Störung eine Bedrohung des Besitzes des Nachfolgers liegt, das Interdict aber schon wegen bedrohter Störung stattfindet.

Er fügt jedoch hinzu:

Nach Sächsischem Gerichtsgebrauche wird wegen einer dem Vorbesitzer widerfahrenen Besitzstörung das poss. ordinarium und remedium spolii dem Universal- und auch dem Singular-Successor gestattet, das poss. summariissimum aber nur dem Universal-Successor; hingegen der Singular-Successor muß selbst den neusten Besitz ausgeübt haben, und darin gestört worden sein. S. Pfotenhauer, Besitzprozeß S. 50. Biener Systema Proc § 269.

Die letztere Ansicht wird sich für das Preußische Recht schon nach der allgemeinen Fassung des an die §§ 148 und 149 sich unmittelbar anschließenden § 150 d. T. vertheidigen lassen. Sie hat aber auch einen in der Natur des Verhältnisses liegenden Grund für sich, nämlich das Prinzip der accessio possessionis, vermöge dessen der Erbe den Besitz des Erblassers sich zu Nutze, ja gewissermaaßen zu eigen machen kann, jedoch nur in der Beschaffenheit, in

der dieser ihn gehabt hat.[1]) Gerade diese letztere Beschränkung ist es aber, welche den Erben legitimirt, wegen einer seinem Erblasser widerfahrenen Besitzstörung den Schutz des Richters anzurufen, um auf diese Weise eine Verletzung zu beseitigen, die seinen eigenen Besitz, nach der innigen Verbindung, worin dieser mit dem des Erblassers steht, als einen gestörten erscheinen läßt.

Schwieriger ist die Frage:

> ob die possessorischen Rechtsmittel auch in dem Falle dem Erben zustehen, wenn erst nach dem Tode des Erblassers, jedoch noch vor der Besitznahme der Erbschaft Handlungen vorgenommen worden sind, welche einen Besitzer zur Anstellung jener Rechtsmittel berechtigen.

Daß nach den Grundsätzen des römischen Rechts diese Frage zu verneinen ist, hat Mühlenbruch[2]) gründlich ausgeführt. — Gleichwohl fehlt es der entgegengesetzten Ansicht nicht an Anhängern,[3]) am wenigsten an solchen, welche die deutschrechtliche Parömie: „Der Todte erbt den Lebendigen," hier zur Geltung gebracht wissen wollen.[4]) — Delbrück, die dingl. Klage des deutsch. Rechts § 59, hat *jedoch* nachgewiesen, daß jene berühmte und meist mißverstandene *Rechts*regel, welche den germanischen Grundsatz vom Uebergang der Gewere auf den Erben ausspricht, sich nicht auf den Schutz des Besitzes (da Besitzklagen überhaupt dem germanischen Recht unbekannt waren), sondern auf den Schutz des Eigenthums bezieht, und daher mit unserer Frage gar nichts zu thun hat.

In Betreff des Preuß. Rechts ist auf den Plenarbeschluß des Ober-Tribunals vom 7. November 1849 (Entscheid. B. 18 S. 1 f.) und

---

1) Ulpian. l. 13 § 1 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Quum quis utitur adminiculo ex persona auctoris, uti debet cum sua causa, suisque vitiis ....

2) Fortsetzung von Glück's Comment. Th. 43 S. 77—91.

3) So will Pfeiffer, prakt. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtsw. B. II Nr. XV S. 201 f. die Frage auch nach röm. Recht bejaht wissen, und führt dabei ein Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 27. Juni 1818 an, welches den Grundsatz annimmt: die actio spolii kann von den Erben, wenn der Erblasser sich bis zu seinem Tode im Besitz befunden hat, auch wegen einer alsdann erfolgten Besitzstörung angestellt werden.

4) Tiraquelli Tract. le mort saisit le vif P. VI Declar. I. III. IV. und daselbst Nr. 3. 4. 6.

Hertius de paroem. jur. Germ. Par. 79 § 2 (Opusc. Vol. II T. 3 p. 350).

Mevius ad jus Lub. P. II Tit. 2 art. 27. Vergl. auch v. Daniels, Lehrbuch des Preuß. Privatrechts B. 1 S. 218 Note 1.

die dagegen gerichteten Ausführungen v. Daniels's (s. die vorhergehende Note) zu verweisen.

§ 150. 1. Ulp. l. 1 § 4 D. uti poss. (43, 17): Est igitur hoc interdictum, quod vulgo uti possidetis appellatur, retinendae possessionis. Nam hujus rei causa redditur, ne vis fiat ei, qui possidet. Et consequenter proponitur post interdictum unde vi. Illud enim restituit vi amissam possessionem, hoc interdictum tuetur, ne amittatur possessio. Denique Praetor possidenti vim fieri vetat; et illud quidem interdictum oppugnat possessorem, hoc tuetur. Et (ut Pedius ait) omnis de possessione controversia aut eo pertinet, ut quod non possidemus, nobis restituatur, aut ad hoc, ut retinere nobis liceat, quod possidemus....

Idem l. un. § 1 D. de utrubi (43, 31).

Hoc interdictum de possessione rerum mobilium locum habet; sed obtinuit, vim ejus exaequatam fuisse uti possidetis interdicto, quod de rebus soli competit, ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc ab adversario inquietatur, possessionem habet.

cf. § 4 J. de interd. (4, 15).

2. Die Voraussetzung der Besitzstörungsklage ist irgend ein Verhalten des Gegners, welches die Ausübung der im Besitze liegenden faktischen Herrschaft des Klägers behindert, ohne sie aufzuheben, es bestehe dasselbe nun in der Vornahme eigener in das fremde Herrschaftsgebiet eingreifender Besitzhandlungen oder in der Behinderung der Besitzhandlungen des Klägers.

Pompon. l. 11 D. de vi (43, 16): Vim facit, qui non sinit possidentem eo, quod possidebit, uti arbitrio suo, sive inserendo, sive fodiendo, sive arando, sive quid aedificando, sive quid omnino faciendo, per quod liberam possessionem adversarii non relinquit.

Ulp. l. 3 § 2 D. uti poss. (43, 17): Hoc interdictum sufficit ei, qui aedificare in suo prohibetur. Etenim videris mihi possessionis controversiam facere, qui prohibes me uti mea possessione. § 3. Quum inquilinus dominum aedes reficere volentem prohiberet, aeque competere interdictum uti possidetis placuit, testarique dominum, non se prohibere inquilinum, ne habitaret, sed ne possideret.

Idem. l. 3 § 4 i. f. eod.: ... qui colere fundum prohibetur, possidere prohibetur, inquit Pomponius.

Venulej. l. 52 § 1 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Eum, qui aedificare prohibeatur, possidere quoque prohiberi, manifestum est.

Auch bloße dem Besitzrechte des Klägers entgegentretende Willenserklärungen des Verklagten sind zur Begründung der Besitzstörungsklage geeignet.*)

*) „Auch schon das Bestreiten des Besitzes ohne irgend eine Thätlichkeit ist eine Anfechtung, die das Interdict veranlaßt, diese letztere Veranlassung ist sogar die gewöhnliche." Puchta, Cursus der Instit. B. 2 S. 535.

.... Si reus dixerit: „nego me turbasse, nego etiam te possidere,“ atque tantum posterius probaverit petitor, reo ne amplius turbet injungitur, quoniam verbis turbavit. Adeoque multum interest, utrum negando reus aut nesciendo responderit, quoniam qui negat, certo verbis turbat.

Hommel, Rhaps. I obs. 178 Nr. 3.

Die Juristenfacultät zu Heidelberg hat sich dahin ausgesprochen: „Zwar ist das poss. summariissimum unbestritten zu dem Zwecke durch die Reichsgesetze und durch die Praxis ausgebildet worden, um Gewaltthätigkeiten und Störungen des öffentlichen Friedens vorzubeugen. Allein daß solche Störungen wirklich vorgenommen seien, wird ebensowenig erfordert, als daß wenigstens eine Besorgniß vor denselben in concreto bestehen müsse. Nach der Praxis genügt die Berufung auf den jüngsten Besitz und auf Nichtanerkennung desselben von Seiten des Beklagten.“ Vergl. Emminghaus, Pand. des gem. Sächs. Rechts S. 226 Nr. 64. Heerwart in Linde's Zeitschrift B. 12 S. 167.

v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 3 S. 43, 44.

Als Besitzstörung ist auch ein bloßer wörtlicher Widerspruch anzusehen, und sofern die Beklagte läugnet, daß der Kläger im Besitze sei, gilt schon dieses Läugnen für eine Besitzstörung, so daß die Beklagte, falls der Kläger den Besitz, obschon nicht eine frühere Besitzstörung, nachweist, dennoch zu verurtheilen ist. Puchta, über gerichtliche Klagen § 55 S. 134 Nr. 4. Albert, über das interd. uti poss. § 39.

Erkenntniß des O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 13. Juni 1843.

Matthiä, Controv. Lex. Th. I S. 126.

... Das Interdict erhält schon durch bloße controversia possessionis Begründung, auch wenn eine factische Anfechtung des klägerischen Besitzes durch Hinderung einer Besitzhandlung des Klägers und Ausübung einer Besitzhandlung von Seiten des Beklagten nicht vorgefallen ist. A. M. ist Pfeiffer: Was ist und gilt im röm. R. der Besitz? S. 96—110.

Erkenntniß des O. A. G. zu Oldenburg vom 23. December 1851.

Seuffert, Archiv B. 7 Nr. 41.

Abweichender Ansicht ist das Ober-Tribunal zu Berlin, dessen Entscheidungen in Betreff dieses Punktes in v. Rönne's Ergänz. des Allg. Land-Rechts I S. 184, 185 zusammengestellt sind.

In allen Fällen aber gehört zur Begründung der Besitzstörungsklage irgend eine Willensthätigkeit des Verklagten. Es kann daher bei dem Mangel einer solchen von dieser Klage nicht die Rede sein. Dieser Grundsatz ist in folgendem Erkenntnisse des O. A. G. zu Lübeck vom 20. Januar 1842 ausgesprochen:

Es kann nicht als eine zur Anstellung eines interdictum uti possidetis geeignete Besitzstörung betrachtet werden, wenn von einer auf Grund und Boden des Eigenthümers befindlichen Anlage Bestandtheile derselben nicht unmittelbar durch menschliche Handlungen, sondern von selbst und vermöge der Naturgesetze, wenn gleich in Folge einer fehlerhaften Beschaffenheit der Anlage, auf das Grundstück des Nachbars herabfallen. Denn der

Begriff einer vis, welche durch dieses Interdict untersagt ist, setzt, auch in weiterem Sinne, immer unmittelbare menschliche Handlungen voraus, und läßt sich nicht auf das bloße Herabfallen von Erde nach Naturgesetzen erstrecken; und unter den vielen einzelnen Fällen einer Besitzstörung, welche in den Gesetzen bei dem interdictum uti possidetis vorkommen, findet sich nicht ein einziges hiemit vergleichbares Beispiel, indem auch das ganz neuerlich

Savigny, vom Besitz (6. Ausg.) S. 477, 478

hiefür in Bezug genommene fr. 8 § 5 si serv. vind. (8, 5) ein solches keineswegs enthält; vielmehr werden alle derartigen Fälle nur bei der cautio damni infecti oder als Gegenstand einer actio negatoria angeführt.

Seuffert, Archiv B. 9 Nr. 34.

3. Das wegen Besitzstörung gegebene Klagerecht kann auch der bloße Mitbesitzer für sich allein ausüben.

Ulp. l. 1 § 7 D. uti poss. (43, 17): Hoc interdictum locum habet, sive quis totum fundum possidere se dicat, sive pro certa parte, sive pro indiviso possideat.

---

§§ 151— 153. 1. „Die s. g. cautio de non amplius turbando fand auch im römischen Rechte statt. Sie ist zwar nicht aus der l. un. C. uti poss., wohl aber aus der Natur der Sache abzuleiten."

v. Vangerow, Leitfaden B. 1 S. 613.

2. Es ist der Vorschrift des J. R. A. § 162 und dem Gerichtsgebrauche gemäß, daß, so oft eine Verbindlichkeit, etwas zu unterlassen geltend gemacht wird und eine Besorgniß künftiger Verletzungen eintritt, der Richter dem Impetraten auch pro futuro dieselben verbietet und dem Erkenntnisse zur Aufrechthaltung des Verbotes eine Strafandrohung beifügt.

Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck in Bruhn's Sammlg. S. 244.
Schletter, Jahrbücher B. 5 S. 368.

3. Ueber die Wirkung des siegreich durchgeführten Interdictes spricht sich Ulpian. in l. 3 § 11 D. uti poss. (43, 17) dahin aus:

In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. „Quanti res est" sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere. Servii autem sententia est, existimantis tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est. Sed hoc nequaquam opinandum est; longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.

Das Allg. Land-Recht gedenkt nur ganz beiläufig (im § 153 d. T.) der Verpflichtung des Störers, für den dem Andern aus den Beunruhigungen erwachsenen Schaden vollständige Genugthuung zu leisten.

Dies hat darin seinen Grund, daß, wie bereits oben zu § 146 Nr. 6 erwähnt worden, nach § 17 Tit. 31 der Proz. O. der Possessorien-Prozeß es nur mit der Feststellung des Besitzstandes zu thun hat, dagegen der Anspruch auf Ersatz des aus der Besitzstörung erwachsenen Schadens zur besonderen Verhandlung zu verweisen ist.

4. Das Oesterr. bürg. Gesetzbuch bestimmt:

§ 339. „Der Besitz mag von was immer für einer Beschaffenheit sein, so ist niemand befugt, denselben eigenmächtig zu stören. Der Gestörte hat das Recht, die Untersagung des Eingriffes und den Ersatz des erweislichen Schadens gerichtlich zu forden."

---

§ 154. 1. „unmittelbar vor der erfolgten Entsetzung oder Störung."

Ulp. l. 1 § 26 D. de vi (43, 16): Eum, qui neque animo, neque corpore possidebat, ingredi autem et incipere possidere prohibeatur, non videri dejectum, verius est, dejicitur enim, qui amittit possessionem, non qui non accipit.

Idem l. 1 § 23 eod.: Interdictum autem hoc nulli competit, nisi ei, qui tunc, quum dejiceretur, possidebat, nec alius dejici visus est, quam qui possidet.

§ 4 i. f. J. de interd. (4, 15): .... utriusque interdicti (uti *possidetis* et utrubi) potestas, quantum ad possessionem pertinet, *exaequata* est, ut ille vincat et in re soli, et in re mobili, qui possessionem nec vi, nec clam, nec precario ab adversario litis contestatae tempore detinet.

Hierbei kommt die wichtige Frage zur Sprache:

ob der Possessorienkläger zum Nachweise des jüngsten Besitzes die Vermuthung für die Fortdauer des früher einmal erlangten Besitzes geltend machen könne.

Auf dem Gebiete des gemeinen Rechts verbreitet sich hierüber ein Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 4. September 1817 in folgender Weise:

Die Frage, ob von einem älteren Besitze auf den neuesten geschlossen werden könne, wird von vielen Rechtslehrern, z. B. von

Menochius, de praesumtionibus. Lib. VI praes. 64; Wernher, observationes P. II. obs. 433; Berger, Electa process. possess. §. 32; Kind, quaestiones for. (edit. 1), Tom. I. cap. 17; Curtius, Handb. des in Chursächs. gelt. Civilrechts 2ter Thl. §. 483 not. e.

bejahend entschieden. Allein dieser, vorzüglich aus einer falschen Präsumtionstheorie hervorgegangenen Ansicht steht nicht nur der allgemeine Grundsatz entgegen, daß der Richter vor Gericht keine Wahrscheinlichkeit für Wahrheit gelten lassen darf, wenn sich der Wille des Gesetzgebers für eine solche nicht speciell erklärt hat,

Borst, über die Beweislast S. 64,

welches in Absicht des Besitzes hier nicht geschehen ist; sondern es ist auch dabei noch besonders zu erwägen, daß bei der Beurtheilung des neuesten Besitzes auf den Zustand gesehen werden muß, in welchem die Sache vor der Störung, die den Proceß veranlaßte, sich befand, ob nämlich der Kläger, oder der Beklagte, oder keiner von beiden im Besitze war, weil jeder von beiden in dem augenblicklichen Verhältnisse, worin er sich befindet, zu schützen ist.

Ferd. Aug. Hommel, D. de processu possessor. summariiss. Lps. 1748 quaest. II.

Derselbe Grund, aus welchem der Prätor dem Besitzer einer unbeweglichen körperlichen Sache das interdictum uti possidetis ertheilt, kann auch auf die Ausübung der Rechte angewendet werden, welche ein Gegenstand des uneigentlichen Besitzes sind. Wer also bei der Ausübung eines Rechtes geschützt seyn will, muß auch beweisen, daß er auch in der letzten Zeit vor der erfolgten Störung von diesem Rechte wirklich Gebrauch gemacht hat.

Pfotenhauer, Utrum et quatenus in possessorio summario solius antiquae possessionis ratio habenda sit. Witteb. 1803 pag. 8 sq.
Gönner, Handb. des Processes 4ter Bd. S. 428.

Es versteht sich hierbei von selbst, daß nur von derjenigen Zeit die Rede seyn kann, zu welcher von dem Rechte Gebrauch gemacht werden konnte. Können daher Besitzhandlungen nur unter Voraussetzung besonderer Umstände ausgeübt werden, so kann auch der jüngste Besitz in ältere Zeiten fallen, wenn nur die Besitzhandlungen von derjenigen Zeit bewiesen werden, wo solche zuletzt ausgeübt werden konnten. Daher genügt z. B. bei der Bescheinigung des Besitzes eines Präsentationsrechtes die Nachweisung, daß solches in den letzten vorgekommenen Fällen, wenn solche auch vor 40 und 50 Jahren schon eingetreten wären, ausgeübt worden.

Seuffert, Archiv B. 8 Nr. 232.

Derselbe Gerichtshof hat in einem Erkenntnisse vom 27. Mai 1834 ausgesprochen:

Da zur Begründung des jüngsten Besitzes auch ältere Besitzhandlungen genügen, wenn nur der Gegner keine neueren jenem älteren Besitze widersprechenden Besitzhandlungen anzuführen vermag,

Pfotenhauer, über das gerichtl. Verfahren in Streitigkeiten, welche den jüngsten Besitz betreffen § 7 S. 18 f.

zur Begründung des von klagender Seite in Anspruch genommenen Schutzes im jüngsten Besitze die nachgewiesene Ausübung des strittigen Handlohnes (Lehnwaare in Besitzveränderungsfällen) aus den Jahren 1694, 1703, 1732 und 1758 vollkommen genügt, indem die beklagte Administration keine entgegenstehende neuere Besitzhandlung beizubringen gewußt hat, als wozu nicht einmal die bloße Unterlassung der Entrichtung des Handlohnes hinreichend wäre, sondern, weil die Beklagte den Besitz der Freiheit erlangt haben müßte, ein in einem Widerspruche gegen die Anforderung des Handlohnes und Beruhigung des Gegners dabei bestehender Prohibitivact beigebracht sein müßte, so konnte nur auf Bestätigung des vorigen

31*

Bescheides (wodurch der Fiskus im jüngsten Besitze des fraglichen Rechts geschützt worden war), erkannt werden.

Ebendas. B. 14 Nr. 8.

Auch v. Savigny hat in den späteren Ausgaben seines Werkes „das Recht des Besitzes" § 35 diesen Punkt erörtert. Er bemerkt hierüber:

„Der aufgestellte Grundsatz, daß die possessorischen Interdicte stets auf dem juristischen Besitz des Klägers beruhen, entscheidet auch über den Beweis, der dabey zu führen ist: es ist also Sache des Klägers, das Daseyn des Besitzes in seiner Person zu beweisen. Dabey entsteht jedoch folgende Frage. Die Behauptung des Klägers ist nothwendig auf das Daseyn des Besitzes in einem bestimmten Zeitpunct gerichtet, z. B. bey dem int. uti possidetis auf Besitz zur Zeit der Klage, bey dem int. de vi zur Zeit der Dejection. Muß nun nothwendig das Daseyn des Besitzes in diesen Zeitpuncten dargethan werden, oder ist es genug zu beweisen, der Kläger oder auch sein Erblasser habe irgend einmal Besitz erworben, so daß alsdann die stete Fortdauer so lange angenommen würde, bis der Beklagte bewiese, dieser Besitz sey in der Folge wieder verloren worden? Bekanntlich kommt bey der rei vindicatio dieselbe Frage vor, und hier wird ganz bestimmt angenommen, daß es genug sey, den Erwerb des Eigenthums in irgend einer früheren Zeit zu beweisen, und daß dann der Beklagte, wenn er den Verlust desselben behaupten wolle, diesen beweisen müsse. Die Analogie dieser Regel scheint nun auch für die possessorischen Klagen gelten zu müssen. Dennoch glaube ich bey diesen das Gegentheil. Der Unterschied zwischen Eigenthum und Besitz in dieser Rücksicht liegt darin, daß bey jenem die Fortdauer gar nicht auf fortgehenden Thatsachen beruht, folglich nicht wahrgenommen werden kann, folglich auch nicht etwa bloß schwer zu beweisen, sondern absolut unerweislich ist. Anders bey dem Besitz, dessen Fortdauer auf einem stets fortgehenden factischen Verhältnisse zu Sache beruht, folglich allerdings wahrgenommen und bewiesen werden kann. Alles, was man von der entgegengesetzten Meinung etwa zugeben kann, ist folgendes. Das erwähnte factische Verhältniß hat eine etwas unbestimmte Natur. Deshalb muß der Richter in der Beurtheilung des Beweises desselben vorzüglich freye Hand behalten, und er wird dabey auch den erwiesenen Erwerb des Besitzes berücksichtigen, insofern aus demselben die gegenwärtige Fortdauer vermuthet werden kann; diese Vermuthung wird um so mehr Gewicht haben, je kürzere Zeit seit dem Erwerb verflossen ist. Wollte man aber auch annehmen, daß bey dem Besitz wie bey dem Eigenthum lediglich der Beweis des Erwerbs gefordert würde, so müßte man doch in jedem Fall den Unterschied einräumen, daß der Erwerb bey dem Eigenthum auch in der Person irgend eines Erblassers statt finden dürfe, bey dem Besitz hingegen nothwendig für die eigene Person des Klägers bewiesen werden müsse, indem durch Beerbung zwar Eigenthum übergeht, Besitz aber nicht.

Dieser letzteren Ansicht hat sich auch für das Preuß. Recht das Ober-Tribunal in seinem Plenar-Beschlusse vom 6. November 1848 Präj. 2063 (Entscheid. B. 17 S. 3 f.) angeschlossen:

Bei Begründung der Klage in poss. summ. nach § 154 d. T. findet die Vermuthung der Fortdauer des früher einmal erlangten Besitzes bis zum Beweise der geschehenen Aufhebung desselben zwar nicht als eine gesetzliche, den Richter unter allen Umständen bindende, wohl aber als eine s. g. faktische, der freien Würdigung des Richters nach den Umständen des Falles unterliegende Präsumtion statt.*)

2. „im ruhigen Besitze."

Mevii Decis. VIII. 449. .... oportebat actorem docere, possessorios actus fuisse quietos et turbatorios injustos. Nec enim actus illi, qui jam controversi sunt seu controversiae causam dederunt, ad possessionem ostendendam sufficiunt, similiter nec pro turbatione habendi actus, qui pro possessione defendenda vel jure suo conservando ab altera parte fiunt.

3. Ueber die Frage:

ob der Eigenthümer eines Grundstückes lediglich auf Grund der gesetzlich zu vermuthenden Freiheit seines Eigenthums den possessorischen Schutz gegen eine angemaßte Servitut in Anspruch nehmen dürfe,

machen sich in der Praxis entgegengesetzte Ansichten geltend.

Das Ober-Tribunal zu Berlin hat diese Frage in einem (bisher noch ungedruckten) Erkenntnisse vom 17. Februar 1842 (in Sachen des Schreiners Twittenhoff wider den Kolon Greffer) aus folgenden Gründen verneint:

Der Kläger, welcher im Wege des Possessorienprozesses den Antrag gestellt hat, dem Verklagten das Uebergehen über des Klägers Grundstück bei Strafe zu untersagen, gründet sich hierbei nur auf die behauptete Freiheit seines Eigenthums von einer Wegeservitut. Auf diese gesetzliche Vermuthung für die Freiheit jedes Eigenthums (§ 181 Tit. 7 Th. I des Allgem. Land-Rechts) kann aber der Kläger im Possessorien-Prozesse sich nicht berufen, weil das Eigenthum — das Recht zum Besitze — in diesem Verfahren ganz außer Betracht bleibt, beim Kläger vielmehr ebenso wie beim Verklagten lediglich nach dem Vorhandensein des ruhigen Besitzes unmittelbar vor der angezeigten Störung gefragt wird (§ 154 a. a. O. §§ 1. 12. 14 Tit. 31 Proz. O.).

Der Besitzer einer Sache, der zugleich Eigenthümer derselben ist, wird in der Regel nicht nöthig haben, gegen Anmaßungen eines Dritten sich durch die Besitzklage zu sichern, vielmehr diese Anmaßungen zurückweisen und erwarten können, ob jener in possessorio klagbar werden wird. Entschließt er sich aber zur Anstellung der Besitzklage, so kann er sich auch nur auf die faktische Ausschließlichkeit seines Besitzes oder den Mangel des Besitzes beim Verklagten gründen, wie jeder andere Besitzer, der nicht das Eigenthum für sich hat.

*) Vergl. auch den Aufsatz von Schütz in der Jurist. Wochenschrift 1848 S. 273 f.

Diese Grundsätze hat auch der höchste Gerichtshof in dem Erkenntnisse vom 26. Oktober 1853 festgehalten. Es wird hier gesagt:

Das Gesetz erfordert zur Begründung der Possessorienklage den Nachweis, daß der Kläger sich unmittelbar vor der Turbation im ruhigen Besitze befunden habe, und dieses Beweises wird er durch die Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums (§ 181 d. T.) ebensowenig, als dadurch enthoben, daß das Gesetz zum vollen Eigenthum auch das Recht, die Sache zu besitzen, zählt (§ 9 Tit. 8 Th. I A. L. R.). Nicht auf das Recht zum Besitze, sondern auf die erfolgte Ausübung des Besitzes kommt es im Possessorienstreite an. Ist diese nicht dargethan, so muß der Kläger unterliegen.

Striethorst, Archiv B 10 S. 257—259.

In anderer Weise spricht sich ein Erkenntniß des O. A. G. zu München vom 23. Mai 1845 aus:

Wohl gibt es ein eigenes Interdict zum Schutze im Besitze der Freiheit nicht; allein wenn jemand sich durch thätliche Eingriffe auf dem Gut eines andern eine Servitut oder ein Realrecht anmaßt, so dient dem Eigenthümer das interdictum uti possidetis zum Schutze im Besitze der Sache.

Fr. 11 de vi (43, 16).
Fr. 5 § 10 i. f. de oper. novi nunt. (39, 1).
Fr. 3 § 2 uti possidetis (43, 17).

Seuffert, Archiv B. 5 Nr. 172.

In Uebereinstimmung hiermit bemerkt v. Holzschuher (Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 57) über die Frage:

Wenn der Besitzer eines Grundstückes, über welches der Andere sich einen Weg anmaßt, in poss. summariissimo Schutz der natürlichen Freiheit begehrt, hat er da den Besitz der Freiheit zu beweisen, oder genügt der Beweis, daß er das Grundstück besitze?

Zwar behauptet Wernher sel. obs. for. I obs. 274, der Kläger müsse Beides beweisen, denn die rechtliche Präsumtion der Freiheit könne da nicht in Betracht kommen, wo es sich um nichts anderes, als um facta handele, welche allemal bewiesen werden müssen, und in poss. komme ja der Rechtsstand gar nicht in Frage. Dagegen ist aber einzuwenden: in dem Besitz des Grundstückes liegt von selbst der Besitz der präsumtiv freien Beschaffenheit desselben, so lange der Gegner nicht ruhige Besitzhandlungen, welche jener Vermuthung entgegenstehen, nachzuweisen vermag. Der Verneinende braucht nicht zu beweisen. Daraus folgt, daß es genug ist, wenn der Kläger bloß den Besitz des Grundstückes beweist. Hommel Rhaps. III obs. 784.[1]) v. Hartitzsch Entscheid. Nr. 318.[2])

---

1) Qui fundum possidet, is non solum libertatem naturalem, verum etiam possessionem libertatis naturalis habere, praesumitur.

2) Wenn Jemand eine Servitut auf des Andern Grundstück in Anspruch nimmt, Letzterer aber solches zu dulden nicht gemeint ist, so genügt zur Begründung

Ferner (ebendas. B. 3 S. 43):

Bei Anstellung des interd. uti possidetis zur Abwehr von Dienstbarkeitsanmaßungen hat der Implorant bloß das Factum der Störung seines aus dem Eigenthumsrecht fließenden Besitzes zu beweisen, aber keineswegs liegt ihm der Beweis ob, daß der Implorat sich in einer juris quasi possessio nicht befinde, oder daß ihm eine Servitut nicht zustehe; vielmehr muß der Implorat beweisen, daß er sich im Besitz des bestrittenen Dienstbarkeitsrechts befinde. l. 8 § 3 D. 8, 5. Seuffert, Erört. Abth. II Nr. 16. S. 78. Vorst, über die Beweislast im Civilproz. S. 106. Richter, Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen Nr. 64.

Dieser Ansicht wird auch der Vorzug zu geben sein. — Allerdings läßt sich die gesetzliche Vermuthung für die Freiheit des Eigenthums in Besitzstreitigkeiten nicht heranziehen. Dieselbe kann daher niemals die Grundlage einer Possessorienklage abgeben. Allein einer solchen Vermuthung bedarf es hier auch gar nicht, so wenig wie des Nachweises des Besitzes der Freiheit. Denn Freiheit, in Verbindung mit dem Eigenthum oder dem Sachbesitze gedacht, ist ein rein negativer Begriff, die bloße Negation einer Beschränkung, also durchaus kein selbständiger faktischer Zustand, der sich als Besitz darstellen könnte, und daher erwiesen werden müßte, um dafür den possessorischen Schutz in Anspruch zu nehmen. Die Ausschließlichkeit — also die Freiheit von jeder beschränkenden Einwirkung Anderer — liegt ja schon im Begriffe des Besitzes.

„Wer das physische Vermögen hat über eine Sache mit Ausschließung Anderer zu verfügen, der hat sie in seiner Gewahrsam, und wird Inhaber derselben genannt." § 1 d. T.

Jeder Grundbesitzer hat daher schon als solcher, ohne der Stütze einer besonderen Rechtsvermuthung*) zu bedürfen, die volle faktische Herrschaft über des Grundstück auszuüben. Jeder Eingriff in dieselbe enthält daher eine Verletzung seines Besitzes und berechtigt ihn somit, zu deren Abwehr die Besitzstörungsklage anzustellen. Dieser schon durch den jüngsten Besitz des Grundstückes begründeten Klage gegenüber, ist es sodann Sache des Verklagten, den Nachweis zu führen, daß er seinerseits sich in dem Besitze eines den Grundbesitz des Klägers beschränkenden Rechts befinde. So wie die zur Abwehr einer Eigen-

---

des poss. summarii, daß er anführt und darthut, wie er sich im jüngsten Besitze des fraglichen Grundstücks befinde. Hieraus entspringt die Vermuthung für den Besitz der natürlichen Freiheit des Grundstücks ....

*) Ueber den Mißbrauch, den die ältere Doctrin und Praxis mit dem Begriffe von Präsumtionen getrieben hat, wovon auch in unserer Gesetzgebung sich nur zu häufig Spuren finden, ist zu verweisen auf Unger, Syst. des österr. allgem. Privatrechts B. II. 2. Abtheil. (Leipz. 1859) § 130 S. 586 f.

thumsverletzung angestellte Negatorienklage nur den Beweis des Eigenthums erfordert, so kann auch die zur Beseitigung eines Besitzeingriffes angestellte Possessorienklage eben nichts weiter als den Beweis des Sachbesitzes erheischen. Wollte man im letzteren Falle dem Kläger den besonderen Beweis der Ausschließlichkeit seines Besitzes auferlegen, so hieße dies am Ende ihn zu dem Beweise nöthigen, daß er dem Verklagten gegenüber den Besitz eines Untersagungsrechts erworben habe, während es sich doch hier gar nicht um eine juris, sondern um eine corporis possessio handelt.[1]) Ob aber in Fällen der gedachten Art für den Grundbesitzer die Nothwendigkeit vorliegt, zur Possessorienklage zu schreiten, oder ob er sich durch erlaubte Eigenmacht gegen die fremden Anmaßungen schützen könne, darauf kann es gar nicht ankommen, da ihm keinenfalls versagt ist, sofort den richterlichen Schutz gegen die erlittene Störung anzurufen.

4. Ueber die Begründung einer auf den Besitz eines Untersagungsrechts gestützten Possessorienklage[2]) sagt Hommel, Rhaps. I obs. 33 n. 8—11:

.... In servitutibus negativis, hoc est: quando aliquis ad non faciendum adstringintur, quando v. g dico, ei jus non esse altius tollendi... in his, inquam, servitutibus negativis, ubi alterum *excludere* aut prohibere cupio, causa cadit possessorium summariissimum instituens, si soli possessioni innitatur, debet enim necessario prohibitio petitoris et obedientia rei libello inseri ac probari. Berger oecon. jur. lib. 4 tit. 30 th. 5 N. 11. Wernher P. I obs 87. Etiamsi enim demonstrem, me esse in possessione piscandi, lignandi, pascendi aut cauponam vel molendinum habendi, ex eo tamen non sequitur, me esse in possessione prohibendi, ne alius pascat, aut cauponariam exerceat. Richter P. I cons. 55. N. 13. Berlich Decis. 5 N. 1.

---

## Was Rechtens sey, wenn der Besitz streitig ist.

Vergl. Koch, die Lehre vom Besitz (2. Ausg.) S. 254 f.

§§ 155—160. 1.

Ulp. l. 3 pr. D. uti poss. (43, 17): Si duo possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum? Quod qualiter procedat, tractemus. Si quis proponeret possessionem justam et injustam, ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam, si a me possides, superior sum in interdicto, si vero non a me, neuter nostrum vincetur; nam et tu possides, et ego.

Idem l. 35 D. de acq. v. amitt. poss. (41, 2): Exitus controversiae

---

1) Vergl. auch das Erkenntniß des Ober-Trib. vom 24. März 1851. Striethorst, Archiv B. 2 S. 48 f.

2) Vergl. auch Striethorst, Archiv B. 20 S. 82. B. 23 S. 257.

possessionis hic est tantum, ut prius pronuntiet judex, uter possideat; ita enim fiet, ut is, qui victus est de possessione, petitoris partibus fungatur, et tunc de domino quaeratur.

„Im Mittelalter war es eine berühmte Controverse, was der Richter zu thun habe, wenn beide Theile Besitz bewiesen hätten. Einige wollten den Kläger abweisen, Andere wollten das Loos entscheiden lassen oder theilen (augenscheinlich eine Nachwirkung des germanischen Rechts), die vorherrschende Meinung war aber, der Richter solle sich darauf beschränken zu erkennen, uti possidetis ita possideatis, um so einen Theil zur Anstellung des Petitoriums zu nöthigen.[1])“

Delbrück, die dingl. Klage des deutsch. Rechts S. 118.

2. Auch das gemeine Recht kennt in Besitzstreitigkeiten die gerichtliche Sequestration als Aushülfe.[2]) — Es verbreitet sich hierüber ein Erkenntniß des O. A. G. zu Jena vom 2. Oktober 1849.

Daß Sequestrationen nicht bloß als Executionsmittel, sondern auch als Sicherungsmittel durch richterliche Verfügung bei streitigen und selbst bei nichtstreitigen Gegenständen angeordnet werden können, sobald eine solche Gefahr vorhanden ist, zu deren Abwendung die Sequestration als das einzige taugliche Mittel sich darstellt, ist nicht zweifelhaft.

Fr. 7 in f. qui satisd. cog. (2, 8); fr. 6, 17 depos. (16, 3); fr. 110 de verb. signif.; cap. 1—3 X. de sequest. posses. et fruct. (2, 17), Kammer-Gerichts-Ordn. v. 1555 Tit. XXI. §. 3.
G. L. Böhmer, princ. jur. canon. §. 756.
Gönner, Handb. des d. Processes IV. Nr. 80.

Insbesondere soll bei streitigem Besitze, d. h. wenn ein jeder Theil Besitzhandlungen für sich hat, jeder also im Besitze sich wirklich zu befinden glaubt,

K.-G.-Ordn. a. a, O. §. 1.
Gönner a. a. O. S. 332, 338 f.

mit gerichtlicher Sequestration zur Abschneidung unter allen Umständen verbotener Selbsthülfe und Eigenmacht, zur Abwendung zu besorgender Thätlichkeiten und Störung der öffentlichen Ruhe verfahren werden dürfen.

Seuffert, Archiv B. 6 Nr 95.

---

1) „Odofredus gibt, wie Bruns S. 261 mittheilt, den naiven Rath, zu sagen: de possessione non pronuntio, quia nullam partem invenio potiorem, sed rogo Deum, ut vos maledicat et det vobis malam fortunam, et eatis in nomine diaboli, quia estis falsatores, nam hoc esse non potest, quod ambo possidetis, quia duo in solidum possidere non possunt. Zu L. un. C. uti poss. Nr. 17.“

Vergl. übrigens die von Koch a. a. O. mitgetheilten Aussprüche der älteren Praktiker.

2) Vergl. Gail Obs. V Nr. 2. Mynsinger Obs. Centur. II obs. 96. — Reichskammergerichtsordnung vom Jahr 1555 Th. 2 Tit. 21 § 3 und Concept derselben von 1613. Th. 2. Tit. 22 § 4 und 5. Die betreffenden Stellen sind von Koch a. a. O. mitgetheilt.

3. Wenn durch richterliche Anordnung der Besitz einem der streitenden Theile oder auch einem gerichtlichen Sequester zugewiesen wird, hört dadurch der Besitz der Gegenpartei und im letzteren Falle der Besitz beider Theile auf?

Vergl. Julian. l. 39 D. de acq. v amitt. poss. (41, 2): Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponatur res. Nam si omittendae possessionis causa, et hoc aperte fuerit approbatum, ad usucapionem possessio ejus partibus non procedet; at si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

Florent. l. 17 § 1 D. depos. (16, 3): Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud sequestrum deposita est; nam tum demum sequester possidet; id enim agitur ea depositione, ut neutrius possessioni id tempus procedat.[1])

Für das Preuß. Recht ist festzuhalten, daß nach den Grundsätzen desselben der Sequester niemals als Besitzer, sondern immer nur als Detentor, gleich jedem andern Verwahrer, erscheint,[2]) und daß daher durch die vom Richter angeordnete Sequestration nur die eigene Ausübung des Besitzes, niemals aber der Besitz selbst der betreffenden Partei entzogen wird. Dies geht auch aus der Bestimmung des § 159 d. T. klar hervor. Wird aber in den Fällen der §§ 157, 158 dem einen der streitenden Theile der Besitz „bis zum Austrage der Sache," oder wie der § 155 es bestimmter ausdrückt, „bis zur näheren Erörterung — und bis zur endlichen Entscheidung (§ 159) — der gegenseitigen Rechte zum Besitze," zugesprochen, so liegt darin nur eine prozessualische Feststellung des gegenwärtigen, nicht aber eine Aenderung des bisherigen Besitzstandes. Es läßt sich daher hier nicht von Erwerb und Verlust des Besitzes sprechen.

---

§ 161. 1.

Vergl. Paul. l. 128 pr. D. de R. J.: In pari causa possessor potior haberi debet.

Paul. l. 2 D. uti poss. (42, 17): ...qualiscunque — possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet.

§ 4 J. de interd. (4, 15): ... Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non

---

1) Donell. comment. de jure civ. Lib. V cap. XIII. § 11 bemerkt in Beziehung auf diese Stelle: ... Hoc dicit Florentinus possessionem apud deponentem manere, nisi apud sequestrum ipsum deposita sit ipsa possessio. Quod tunc fieri intelligitur, cum partes aperte dicunt, se possessionem deponere apud sequestrum. Hoc vero recte dicitur, possessionem ejus temporis partibus amitti, quia, inquit, ea depositione id agatur, ut neutri possessio procedat. Nec sane aliter his non procedit, quam si ipsis amittatur ....

2) Vergl. §§ 92 f. Tit. 14 Th. I A. L. R.

potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam quum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet....

2. Mit den eben behandelten §§ 155—160 schließen die allein der Besitzlehre angehörigen Vorschriften unseres Landrechts über das Recht des Besitzes. Der § 161, wiewohl noch zu dem Marginal gezogen: „was Rechtens sey, wenn der Besitz streitig ist," beginnt die Reihe der der eigentlichen Besitzlehre ganz fremden Bestimmungen über das Recht zum Besitze.

„Im § 161 liegt die Bestätigung der ausgedehnten gemeinrechtlichen Anwendung der actio Publiciana gegen jeden relativ schwächeren Besitzer, und zugleich die gänzliche Beseitigung des possessorii ordinarii als einer besonderen Prozeßform. Pr. O. Tit. 5 § 27)" *)

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilr. im Grundrisse S. 42.

Delbrück, dessen mehrangeführtes Buch: „die dingliche Klage des deutschen Rechts (Leipzig 1857)" diese Lehre durch tief eingehende Forschungen erst zum rechten Verständniß gebracht hat, bemerkt hierüber im Allgemeinen (§ 18 S. 93 ff.):

„.... Die Idee des römischen Rechts, daß der Kläger sein Eigenthum beweisen müsse, ist vollkommen richtig, sobald man voraussetzt, daß der Kläger die Anerkennung seines Eigenthums vom Gegner und vom Richter ausdrücklich verlangt. Die Römer hielten diese Voraussetzung fest und gingen der Schwierigkeit des Eigenthumsbeweises durch positive Institute aus dem Wege, nämlich durch die Ersitzung und durch die Publiciana. Ganz anders faßte das germanische Recht und das auf demselben beruhende moderne Recht das Problem auf. Verlangt nämlich der Kläger nicht ausdrückliche Anerkennung seines Eigenthums, begnügt er sich mit dem Verlangen der Herausgabe der Sache, so kann man ihm den Beweis des Eigenthums erlassen; genug, wenn nur erhellt, daß er besser berechtigt ist, die Sache zu haben, als der Beklagte; hierzu genügt zunächst schon der Beweis, daß er vor dem Beklagten im Besitze gewesen, von der Art und Weise der Vertheidigung des Beklagten hängt es dann ab, ob der Kläger in Darlegung seines Rechts noch weiter vorzuschreiten habe. Erlangt der Kläger ein obsiegliches Urtheil, so ist freilich damit sein Eigenthum nicht anerkannt, aber er erhält den Besitz der Sache und kann etwaige weitere Schritte des Gegners abwarten. Es ist eine solche Klage ebensosehr petitorischer Natur wie die Publiciana, welcher auch noch ein Vindicationsprozeß zwischen denselben Parteien folgen kann; sie unterscheidet sich von derselben nur dadurch, daß die vom Prätor gemachte Concession noch um einen Grad gesteigert ist. Was das römische Recht dem früheren titulirten Besitzer gestattet, gestattet das deutsche Recht schon dem früheren Besitzer

*) Vergl. auch Koch, die Lehre vom Besitz S. 296 f. Schon Merckel bemerkt in seinem Commentar zu § 161 d. T.: „Es findet also nur die Petitorienklage statt."



überhaupt, ohne nach einem Titel zu fragen. Die Fiction der vollendeten Ersitzung, wäre eine solche überhaupt anzunehmen, ließe sich von der ordentlichen Ersitzung ohne Zwang auf die außerordentliche übertragen. Die Römer würden, hätten sie die Klage gekannt, keinen Augenblick Bedenken getragen haben, sie eine dingliche zu nennen..... Mit den Besitzklagen hat die Klage aus ehemaligem Besitze nichts weiter gemein, als was auch die Vindication mit jener gemein hat, nämlich den Antrag auf Herausgabe der Sache, im Uebrigen kommt es weder auf bestimmte Formen der Verletzung an, noch ist die Klage ausschließlich gegen den Verletzer gerichtet, sie geht vielmehr, und das ist entscheidend, gegen jeden Inhaber der Sache. —

Auf die deutschen Partikularrechte übergehend, behandelt derselbe im § 41 die Preußische Gesetzgebung und spricht sich hier (S. 232 f.) dahin aus:

„Das Allgemeine Landrecht von 1794 hat nun die dingliche Klage des deutschen Rechts in der bestimmtesten Weise anerkannt, wenn auch freilich nicht alle hierher gehörigen Vorschriften des Gesetzbuchs die wünschenswerthe Klarheit haben.

Zunächst ist das Princip der Relativität als solches und in verschiedenen Anwendungen aufgestellt. Der § 161 Th. I, Tit. 7 bestimmt:

„Gegen den, welcher den Besitz einer Sache oder eines Rechts weder durch Gewalt, noch heimlich, mit List, oder bloß bittweise überkommen hat, kann der vorige Besitzer auf Wiederherstellung des Besitzes nur insofern klagen, als er ein besseres Recht zum Besitze nachzuweisen hat." Vergl. auch Einl. § 95.

Dieses bessere Recht zum Besitze stellt sich in folgenden Grabationen dar:

1) Der bloße Inhaber kann die seiner Gewahrsam entkommene Sache von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern. § 162 a. a. O.

2) Der unredliche Besitzer muß immer dem redlichen weichen. § 178.

3) Der einfache Besitzer dem titulirten. § 161.

4) Der titulirte Besitzer dem Eigenthümer. § 175.

Von diesen vier Graden interessirt uns zunächst hauptsächlich der erste; was vom bloßen Inhaber gilt, soll auch wohl gewiß vom wahren Besitzer gelten, wir können demnach sagen, der vorige Besitzer kann die Sache von demjenigen, der sie ohne allen Rechtsgrund im Besitze hat, zurückfordern. Soweit ist Alles klar. Es fragt sich aber, soll der Kläger, der sich bloß auf seinen früheren Besitz stützt, nachweisen, daß der Beklagte ohne Rechtsgrund besitzt, oder genügt es, ihn als gegenwärtigen Besitzer in Anspruch zu nehmen und zu erwarten, ob er einen Rechtsgrund seines Besitzes anzuführen vermöge? Hier beginnen die Zweifel.

Die für diese Lehre vollständig mitgetheilten Vorarbeiten geben wenig Aufschluß.....

Im Allgemeinen machen die Vorarbeiten den Eindruck, daß die Redactoren nicht zur gehörigen Klarheit bei diesem Punkte durchgedrungen sind, und zwar hauptsächlich deshalb nicht, weil ihr prozessualisches Princip der Untersuchung die Frage nach der Beweislast verdrängt hatte. Mit

Hülfe der Materialien läßt sich also die obige Frage nicht entscheiden, aus den Worten des Gesetzbuchs aber, wie sie liegen, läßt sich sehr wohl folgern, daß der Kläger genug gethan hat, wenn er beweist, daß er die Sache besessen hat. Denn der Beklagte, der sich, ohne den Rechtsgrund seines Besitzes anzuführen, lediglich auf seinen gegenwärtigen Besitz stützt, ist dem Kläger und dem Richter gegenüber in Wahrheit ein Besitzer ohne allen Rechtsgrund. Man beruft sich zwar für die andere Meinung[1]) auf § 179, nach welchem jeder Besitzer die Vermuthung der Rechtmäßigkeit seines Besitzes für sich hat, allein dabei wird übersehen, daß zwei Besitzer einander gegenüberstehen, ein ehemaliger und ein jetziger und daß die Vermuthung für beide, mithin für keinen spricht.[2]) Die hier vertheidigte Ansicht steht nicht nur im Einklange mit der anerkannt deutschen Grundlage des Gesetzbuchs, sondern wird auch durch einen Fall spezieller Anwendung bestätigt. Im § 57 Tit. 9 wird nämlich demjenigen, der eine Sache verloren zu haben behauptet, ausdrücklich nur der Beweis abverlangt, daß er sie vorher besessen habe, worauf dann der Finder, wie § 59 vorschreibt, die Sache auch dem vorigen bloßen Inhaber verabfolgen muß. Wenn nun der Verlierer gegen den gegenwärtigen Besitzer klagt und dieser sich nicht darüber erklärt, ob er die Sache gefunden oder wie er sie sonst bekommen, so wird man dem Kläger schwerlich den Beweis zumuthen, daß der Beklagte die Sache gefunden habe und mithin ohne Rechtsgrund im Besitze sei.[3])

---

## Verhältnisse zwischen dem Inhaber und dem, welcher ein Recht zum Besitze hat.

§ 162. 1. **Delbrück** a. a. O. (§ 58 S. 284 f.) sagt:

Das germanische Recht kannte den Unterschied zwischen juristischem Besitz und bloßer Detention in seiner vollen Schärfe nicht, überdies versagte es dem Eigenthümer, der eine bewegliche Sache aus der Hand gegeben hatte, die Klage gegen den dritten Inhaber, es gab deshalb auch dem Detentor die Klage. Auch nach dem Zusammenstoß mit dem römischen Recht erhielt sich diese Auffassung. Die Glosse und **Bartolus** gestatteten dem Detentor die Klage unter dem Namen des judicis officium. Als dann die Theorie des rem. ex can. Red. ausgebildet wurde, stritt man Jahrhunderte lang darüber, ob das Rechtsmittel dem Detentor zustehe, ohne je zum Abschluß zu kommen. Vergegenwärtigt man sich, daß die Klage zum Schutz des Eigenthums dienen soll und daß überdies die Nöthigung zu einer Annahme durch die Rechtsregel: Hand wahre Hand nicht mehr vorliegt, so ergiebt sich einfach, daß nur ein solcher factischer Zustand, der dem Eigenthum entspricht, also nur der juristische Besitz genügen kann. Doch kommen allerdings Fälle vor, in denen ein dringendes Bedürfniß vorhanden ist,

---

1) **Bruns**, S. 442. — **Koch**, Recht des Besitzes, S. 300. — Erk. des Ob. Trib. bei **Striethorst**, Archiv VIII, 8; IV, 150. —

2) **Daniels**, Lehrbuch des preuß. R. (1851) I, S. 219 flg. No. 65; auch **Koch**, Bes. S. 298 u. S. 301. — A. M. ist **Savigny**, Oblig. R. II, S. 156, 157.

3) A. M. ist **Savigny**, Oblig. R. II, S. 161, A. o.

auch dem Detentor die Klage zu geben, so wenn jemand auf einer Reise eine geborgte Sache verliert.*) Indessen bietet hier schon das römische Recht eine Aushülfe dar. L. 1 C. Si per vim (8, 5) giebt dem Stellvertreter des Besitzers, wenn er dejicirt wird und der Besitzer abwesend ist, Namens des letzteren das Interdict. Indem wir diese Regel in angemessener Erweiterung auf die dingliche Klage des deutschen Rechts übertragen, genügen wir dem praktischen Bedürfniß und lösen zugleich jene Controverse. Ist also der Besitzer abwesend, so kann der Stellvertreter klagen ohne Auftrag nachweisen zu müssen, ist er aber anwesend, so gebührt ihm und nur ihm die Klage. Denn das versteht sich von selbst, daß auch derjenige zur Klage berechtigt ist, der den Besitz durch einen Stellvertreter ausgeübt hat.

2. Ueber die Frage, ob die Detention die Vermuthung für den wirklichen Besitz begründe, ist zu verweisen auf Dr. Baron, Abhandlungen aus dem Preußischen Recht (Berlin 1860) S. 5 ff.

---

§ 163.

Mevii Decis. VI. 151: Quod dicitur, ex possessione tutum esse tenentem, ut nihil aliud ipsi videatur opus dicere, quam: Possideo, quia possideo, id eo usque obtinuit, donec actor de jure suo in re aut ad rem docuit. Probata de hoc intentione actoris, necesse est reo, ne succumbat, docere itidem de suo jure. Etsi enim nemo cogitur titulum suae possessionis edere extraneo aut jus nullum habenti: ubi tamen ille, qui exigit, habet, ex quo, qui tenet, restituere tenetur, obligatus est aut ad restituendum, aut ad titulum, ex quo potior esse cupit, exhibendum. Non modo ut nominet, ex qua causa tenet, sed ut nominatum titulum simul doceat . . .

---

§ 164. Wenn der Inhaber einer Sache dieselbe von einer solchen Person in Gewahrsam erhalten, welche sie auf widerrechtliche Weise an sich gebracht hat, darf er der Letzteren die Herausgabe verweigern?

Diese Frage ist unbedenklich zu verneinen. Eine solche Weigerung würde die Geltendmachung einer exceptio de jure tertii sein.

Die Vorschrift des § 140 d. T.

„Er (der Inhaber) ist befugt und schuldig, den letzten Besitzer für den rechtmäßigen zu halten, so lange ihm nicht das Gegentheil nachgewiesen wird."

könnte sie nicht rechtfertigen. Denn die letzteren Worte deuten offenbar auf eine Intervention des besser Berechtigten, welche daher der Inhaber abzuwarten hat. Dies ergibt sich auch klar aus den §§ 69, 70 Tit. 14 Th. I des Allg. Land-Rechts:

„Der Verwahrer kann unter dem Vorwande, daß einem Andern ein besseres Recht auf die Sache zustehe, dieselbe dem Niederleger nicht vorenthalten."

*) Diesen Fall führt Deurer an, Jahrb. f. Dogmatik, I, S. 237.

„Wenn Jemand den Niederleger eines unredlichen Besitzes der Sache beschuldigt, und ein gerichtliches Verbot der Verabfolgung an den Niederleger ausbringt: so ist der Verwahrer verbunden, die Sache den Gerichten zur Untersuchung und weitern Verfügung zu übergeben." [1])

In diesem Sinne ist auch die Bestimmung des § 59 und 60 Tit. 9 a. a. O. aufzufassen:

„Der Finder muß auch dem vorigen bloßen Inhaber die Sache verabfolgen."

„Entstehen erhebliche Zweifel: ob der Verlierer ein redlicher Besitzer oder Inhaber der Sache gewesen sey, so muß diese, bis zur näheren Ausmittelung, in gerichtlicher Gewahrsam bleiben."

Ueberdieß würde die letztere Vorschrift schon aus dem Grunde unanwendbar sein, weil sie sich gar nicht auf den Fall bezieht, wo der Zurückfordernde selbst die Sache dem Inhaber anvertraut hat.

---

§§ 165, 166. Diese Vorschriften betreffen die dem Inhaber obliegende nominatio auctoris [2]) (l. 2 C. ubi in rem actio 3, 19) und gehören daher in die Prozeß-Ordnung, wo sie sich auch (Tit. 17 §§ 34, 35) wieder finden. — Wenn der § 166 für den Fall der Unterlassung der Nomination den Inhaber auch „gegen den Ansprechenden" verantwortlich macht, und in Uebereinstimmung hiermit der § 35 Tit. 17 der Proz.-O. näher vorschreibt:

„Thut er dieses nicht, sondern läßt in contumaciam verfahren; oder läßt er sich gar mit dem Kläger ein, und verliert den Prozeß: so kann dieses zwar gegen den Eigenthümer und wahren Besitzer von keiner Wirkung seyn; der Beklagte macht sich aber dem Kläger wegen aller Kosten und des aus dem Verzuge entstehenden Interesse verantwortlich."

so beruht dies auf der, auch in der Doctrin und Praxis des gemeinen Rechts früher herrschenden Ansicht, wonach der Detentor in diesem Falle gleich einem fictus possessor, qui liti se obtulit, zu behandeln ist. [3]) — Dieser Gesichtspunkt ist verfehlt. Der Detentor gilt bei unter-

---

1) Vergl. Ulp. l. 1 § 39 D. depos. (16, 3): Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus lib. VI Dig. putat recte depositi acturos; nam interest eorum, eo quod teneantur.

Tryphon. l. 31 § 1 eod.: ... latro spolia, quaé mihi abstulit, posuit apud Sejum inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Sejus debeat? ... Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt, qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. Quod et Marcellus in praedone et fure scribit. ....

2) Vergl. Mittermaier im Archiv für die civ. Prax. B. 3 S. 399 ff. Bayer, Vortr. über den gem. Civilproz. § 48. Wetzell, System des ord. Civilproz. § 7 S. 32—34.

3) Vergl. Glück Comm. B. 8 S. 196 f. Gersterbing, Lehre vom Eigenth. S. 330. Fritz, Erläut S. 297 f. Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht S. 47.

lassener Nomination dem Kläger gegenüber nicht als fingirter, sondern als wirklicher Besitzer.[1]) Der Kläger gelangt daher durch die Verurtheilung desselben und durch die Vollstreckung des Erkenntnisses vollständig zu seinem Zwecke, nämlich zum Besitz der Sache. Es kann daher ihm gegenüber so wenig von einer Verantwortlichkeit des Inhabers die Rede sein, als in dem Falle, wenn der Letztere ohne vorgängigen Prozeß die Sache ohne Weiteres dem Ansprechenden herausgibt.

Das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch hat sich daher mit Recht auf die Bestimmung beschränkt:

> § 375. „Wer eine Sache in fremdem Nahmen besitzt, kann sich gegen die Eigenthumsklage dadurch schützen, daß er seinen Vormann nahmhaft macht, und sich darüber ausweiset."

---

§ 168. Eine ähnliche Vorschrift enthält der § 348 des Oesterreichischen bürgerl. Gesetzbuchs:

> „Wenn der bloße Inhaber von mehreren Besitzwerbern zugleich um die Uebergabe der Sache angegangen wird, und sich einer darunter befindet, in dessen Nahmen die Sache aufbewahret wurde; so wird sie vorzüglich diesem übergeben, und die Uebergabe den Uebrigen bekannt gemacht. Kommt dieser Umstand Keinem zu Statten, so wird die Sache der Gewahrsame des Richters oder eines Dritten anvertraut. Der Richter hat die Rechtsgründe der Besitzwerber zu prüfen und darüber zu entscheiden."

---

zwischen dem vollständigen und unvollständigen Besitzer.

§ 171. Dieser Grundsatz, betreffend die Hinfälligkeit des Rechts des unvollständigen Besitzers bei ermangelnder Verleihungsbefugniß seines Auctors, ist nicht als allgemein gültig anzuerkennen. Es würde daraus folgen, daß auch der Pfandgläubiger, dem von einem Unberechtigten eine Sache pfandweise übergeben worden, dieselbe dem vindicirenden Eigenthümer ohne Weiteres herausgeben müßte. Dem widerstreitet aber die Vorschrift des § 80 Tit. 20 Th. I des A. L. R.:

> „Ist der Gläubiger zum Besitze des Pfandes nach der Bestimmung Tit. 15 § 25 redlicher Weise gelangt, so ist er zur Ausantwortung des Pfandes an den Eigenthümer, nur gegen Entrichtung dessen, was er dem Schuldner darauf wirklich gegeben hat, verpflichtet."[2])

---

1) Vergl. Puchta, Vorles. B. 1 S. 328. v. Vangerow, Leitfaden I S. 575 f.

2) Eine gleiche Bestimmung enthält auch das Württembergsche Pfandgesetz von 1828 Art. 53. Vergl. Wächter, Erört. aus dem Röm. Deutsch. u. Württ. Privatrecht (Stuttgart 1845) Heft I S. 259, 260.

d. h. mit andern Worten: der Eigenthümer muß das Pfandbesitzrecht des Gläubigers auch wider sich gelten lassen.

Dasselbe wird nach den Grundsätzen unseres Rechts auch in dem Falle anzunehmen sein, wenn Jemand in gutem Glauben von einem Unberechtigten eine Sache als Miether oder Pächter in seinen Besitz überkommt. Denn sein Recht verliert den dinglichen Charakter dadurch nicht, daß sich die Nichtbefugniß des Auctors zu dessen Ertheilung herausstellt.

---

§ 172. Dieser Bestimmung unterliegt der Fall, wenn ein Ehemann ein Dotalgrundstück,[1]) der Pfarrer ein ihm zur Benutzung überlassenes Pfarrgrundstück,[2]) der Fideicommißbesitzer ein Fideicommißgrundstück[3]) über die Dauer seines Nießbrauchs oder nutzbaren Eigenthums hinaus vermiethet oder verpachtet hat.

---

§ 173. Diese Vorschrift spricht im Prinzip den bekannten Satz aus: Kauf bricht nicht Miethe.

Heydemann, Syst. des Preuß. Civilrechts im Grundrisse. S. 42.

---

zwischen dem vollständigen Besitzer und Eigenthümer.

§§ 175, 176. „Ueber den Schutz des relativ-bessern Rechts nach römischen Grundsätzen." Von Prof. Deurer (in v. Gerber's und Jhering's Jahrbüchern B. I S. 221—238).

„Vom possessorium ordinarium in materieller Hinsicht und von dem in der Publicianischen Klage herrschenden Relativitätsprinzip." Vom O. L. G. Präs. Dr. Sintenis (in den Blättern für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt V. 6. S. 182 f.).

Dr. Delbrück, die dingliche Klage des deutsch. Rechts. § 3. Publiciana. § 4. Kritik des Systems. § 34. Versuche zur Benutzung der Publiciana. § 66. Klage aus älterem titulirten Besitz (Publiciana).

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon Art. „Vindication" B. 13 S. 5—14.

§ 4 J. de act. (4, 6): .... inventa est a Praetore actio, in qua dicit is, qui possessionem amisit, eam rem se usu cepisse, et ita

---

1) Vergl. Erkennt. des Ob. Trib. vom 14. December 1839 (Präjud. 770) und vom 11. März 1853 (Entsch. B. 25 S. 138 f.), desgl. vom 15. Septemb. 1856 (Entsch. B. 33 S. 383 f.).

2) Vergl. Erkennt. des Ob. Trib. vom 9. Februar 1857 (Entsch. B. 35 S. 74 f.) desgl. des O. A. G. zu Cassel vom 16. Oktober 1858 (Seuffert, Archiv B. 12 Nr. 300).

3) Vergl. Erkennt. des Ob. Trib. vom 9. Septbr. 1857 (Entsch. B. 36 S. 52 f.).

vindicat suam esse; quae actio Publiciana appellatur, quoniam primum a Publicio Praetore in edicto proposita est.

Ulp. l. 1 pr. D. de Publ. in rem act. (6, 2): Ait Praetor: „Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo.“

Id. l. 3 § 1 eod.: ... Qui igitur justam causam traditionis habet, utitur Publiciana ...

Gaj. l. 13 pr. eod.: Quaecunque sunt justae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.

Ulp. l. 7 § 16 eod.: Ut igitur Publiciana competat, haec debent concurrere: ut et bona fide quis emerit, et ei res emta eo nomine sit tradita ...

Id. l. 7 § 6 eod.: Publiciana actio ad instar proprietatis, non ad instar possessionis respicit. § 8. In Publiciana actione omnia eadem erunt, quae et in rei vindicatione diximus.

Paul. l. 35 pr. D. de O. et A. (44, 7): .... Publiciana .. ad exemplum vindicationis datur ....

Papin. l. 16 D. de Public.: Paulus notat: Exceptio justi dominii Publicianae objicienda est.

Nerat. l. 17 eod.: Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (ejusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio: „si ea res possessoris non sit“); sed ut is, qui bona fide emit, possessionemque ejus ex ea causa nactus est, potius rem habeat.

Delbrück, dessen Darstellung besondere Beachtung verdient, führt a. a. O. aus:

Im römischen Recht bilde die Fiction den theoretischen Ausgangspunkt dieser Lehre und erscheine noch in der Justinianischen Compilation als die Grundlage des materiellen Rechts der Publiciana. Als Kläger in der Publiciana sei zunächst der wahre Eigenthümer zu denken, der den Erwerb des Eigenthums nicht beweisen könne oder wolle. Die Klage sei ihrer Grundidee nach darauf berechnet, den Eigenthumsbeweis zu erleichtern und zwar dadurch, daß der Nachweis eines gewissen Zustandes den Nachweis des Eigenthumserwerbes ersetze. Hieran reihe sich dann eine zweite ebenso wichtige Function der Klage: auch der redliche Nichteigenthümer solle dritten Personen gegenüber geschützt werden — ein Schutz, der um so gerechtfertigter und ungefährlicher sei, als der Kläger dem wahren Eigenthümer im Collisionsfalle weichen müsse. Aber auch diese Function der Klage lasse sich aus dem Standpunkt einer Klage zum Schutz des Eigenthums auffassen, indem der redliche Erwerber, der sich für den Eigenthümer hält, dem einfachen Besitzer gegenüber, als Eigenthümer angesehen und die Untersuchung, ob er dies in Wahrheit sei, ausgeschlossen werden solle. Dies sei um so natürlicher, als nicht selten der Fall so liegen werde, daß der wahre Eigenthümer weder Willens noch im Stande sei, sein Eigenthum geltend zu machen. Die nächste und wesentliche Bestimmung der Publiciana sei also die, den Eigenthümer zu schützen. Auch von den Römern sei die Klage ganz in diesem Sinne

behandelt worden. Jedenfalls habe sich die heutige Wissenschaft für diese Auffassung entschieden, wonach man auch zugeben müsse, daß der nächste Zweck der Klage der sei, dem Eigenthümer ein bequemeres Rechtsmittel darzubieten. So viel stehe jedenfalls fest: insoweit der Eigenthümer sich der Klage bediene, insoweit unterscheide sie sich von der Vindication nur in Ansehung des Beweises und der Einreden. Daher komme es denn auch, daß man allgemein von einem putativen, präsumtiven Eigenthum spreche. — In dem entwickelten Sinne erscheine nun die Klage als ein weiterer Schritt auf der Bahn, die schon das alte Recht mit der Usucapion betreten hatte, sie sei ein Institut zum Schutz des Eigenthums, künstlich angeknüpft an die Lehre vom Erwerbe. Sie sei, gleich der Ersitzung, der Inbegriff der Voraussetzungen, unter welchen der ehemalige Besitz den Beweis des Eigenthums ersetze, gehe aber noch einen Schritt weiter, indem sie unter ihre Voraussetzungen die längere Besitzdauer nicht zähle.*) Aber dieses dem Institut zum Grunde liegende prozessualische Motiv: die Erleichterung des Beweises für den Eigenthümer — fährt der Verf. fort — „gilt nicht absolut, sondern nur im Verhältniß zu einer gewissen Klasse von Gegnern. Hiermit betrat man denn doch das Gebiet der Relativität. Es kam ein Bruch in das Princip des absoluten Eigenthumsschutzes und ein neuer Rechtsgedanke war aufgetreten, der sich demnächst im modernen Recht zu noch größerer Blüthe und Fruchtbarkeit entfalten sollte." (§ 3 S. 9—19).

Hieran schließt der Verfasser eine treffende Kritik des römischen Systems, worin er dessen Schwächen nachweist. Er bezeichnet als solche:

1. „Die Publiciana verlangt einen Titel, mag der Besitz des Beklagten auch völlig rechtlos sein. Wer zufällig keine Beweismittel für den Titel hat, oder wessen Besitz so alt ist, daß der Titel in Vergessenheit gekommen, der entbehrt des Schutzes der dinglichen Klage. Je älter ein Besitz wird, je schwerer also und unwahrscheinlicher der Nachweis des Titels, desto unsicherer wird der Schutz des Eigenthums. Justinian hat zwar hier durch Einführung der außerordentlichen Ersitzung geholfen, aber diese Hülfe ist nur halb, denn sie ist auf die Publiciana nicht ausgedehnt, sie fällt daher ganz weg bei einer nicht voll dreißigjährigen Dauer des Besitzes. — — —

2. Der Erbe, der selbst noch nicht besessen hat, kann sich zwar der Publiciana aus der Person des Erblassers bedienen, es wird ihm aber in der Regel schwer fallen, den Titel des Erblassers, der ihm vielleicht völlig unbekannt ist, zu beweisen, während der Nachweis, daß der Erblasser besessen hat, in der Regel leicht zu erbringen sein wird und einem rechtlosen Besitzer gegenüber genügen sollte.

3. Die Publiciana ist ausgeschlossen bei gestohlenen und geraubten Sachen und in Ansehung einiger verwandter Fälle. So gerecht dies ist, wenn der neue Erwerber dem Bestohlenen gegenüber steht, so ungerecht erscheint es, falls man sich den redlichen Erwerber als Kläger einem rechtlosen dritten Besitzer gegenüber denkt. — — —

4. Wenn zwei Usucapions-Besitzer einander gegenüber stehen, so entsteht ein Conflict, der auf dem Standpunkt der Fiction unlösbar ist. Deshalb

*) l. 12 § ult. D. h. t.: Sed etiam is, qui momento possedit, recte hac actione experitur.

griffen die Römer in dieser Verlegenheit zu der ultima ratio: melior est conditio possidentis, ein Auskunftsmittel, welches den Knoten in nicht gerechter Weise durchhaut und das Institut seines wohlthätigen Einflusses zur Hälfte beraubt. Wenn auch der Kläger nachweist, daß sein Vorbesitzer vor dem Vorbesitzer des Beklagten und sogar mit einem Titel besessen, so siegt dennoch der Beklagte.

5. In der Publiciana kommt Alles auf den Erwerb des Besitzes an, die Art des Verlustes ist an sich gleichgültig und dennoch scheint es einleuchtend zu sein, daß derjenige, der Entziehung des Besitzes wider seinen Willen nachzuweisen vermag, einen größeren Schutz in Anspruch nehmen kann, als der, welcher sich über die Art des Verlustes nicht ausweisen kann. Die Römer haben denn auch für einzelne besonders hervorstechende Fälle und auf Umwegen diesem Gedanken Geltung verschafft, aber sie gelangten nicht dazu, ihn in seiner Allgemeinheit und principiell anzuerkennen.

Den Grund dieser Schwächen findet der Verf. theils in dem Anschluß der Publiciana an die Ersitzung mittelst der Fiction („die Publiciana blieb ein halbes Werk, weil sie dem Drucke der Fiction sich fügen mußte"), theils in der unvollkommenen Ausbildung des Prinzips der Relativität, weist aber zugleich die Ursachen nach, welche den Römern, wiewohl ihnen das Bewußtsein der Unzulänglichkeit ihres Eigenthumsschutzes nicht fehlte, die Schwächen und Unbilligkeiten ihres Systems weniger fühlbar machten (§ 4 S. 20—26).

In dem dritten Abschnitte über die „Fortdauer der dinglichen Klage des deutschen Rechts nach dem Zusammenstoße des römischen und germanischen Rechts" stellt der Verf. im § 34 die „Versuche zur Benutzung der Publiciana" dar. Er bemerkt hier:

Eine Zusammenschmelzung der römischen Publiciana in rem actio und der deutschen dinglichen Klage sei bei dem Mangel an klarem Bewußtsein über die gestellte Aufgabe nicht erfolgt; man habe vielmehr formell die römische Klage in ihrer überlieferten Gestalt beibehalten*) und das einheimische Petitorium daneben gestellt. Nur darin habe sich der Einfluß des deutschen Rechts gezeigt, daß man sehr geneigt war, die Publiciana zu den Vortheilen des Besitzes zu zählen und das Princip der Klage im Sinne der Relativität des germanischen Eigenthumsschutzes allgemein dahin aussprach, sie sei gegen den begründet, der mit schwächerem Rechte besitze, eine Auffassung, deren innere Quelle im germanischen Rechte, die äußere aber in der Glosse zum canonischen Recht zu suchen sei, wo es heißt: qui potiora jura habet, obtinere debet. Aber erst die neuere Gesetzgebung,

*) Vergl. Voet, comm. ad P. VI 2. Nr. 11: Nec abolita usu fori censenda est haec Publiciana actio: licet enim non semper actionum nomina in judiciis nunc exprimi soleant, nulli tamen dubium, quin actionum singularum in judicium deducendarum termini, quibus a se mutuo distant, etiamnum supersint; atque adeo haec Publiciana in praxi vigeat, usque adeo, ut a pragmaticis disputari videas, utrum cum rei vindicatione haec Publ. actio possit cumulari. Gayl. Lib. I obs. 62 Nr. 5.

namentlich das preußische Landrecht habe aus dem deutschen Petitorium und der Publiciana ein Rechtsinstitut gemacht (S. 190—193).

In dem dogmatischen Theile behandelt der Verf. im § 66 die „Klage aus älterem titulirten Besitz (Publiciana)." Er sagt hier:

Die Publiciana ist völlig in die deutsche Klage aufgegangen, so daß eine besondere Theorie der ersteren unpraktisch ist.... Es ist hier das moderne Rechtsprinzip maaßgebend, wie sich solches nach dem Zusammenstoß beider Rechte geschichtlich entwickelt hat.

Schließlich werden die Lehrsätze über die gedachte Klage dahin zusammengestellt:

1. Die Klage setzt voraus: a) früheren Besitz, b) Titel, c) bona fides und zwar fortdauernde, in welcher Beziehung jedoch den Kläger keine Beweislast trifft, d) gegenwärtigen Besitz des Beklagten.

2. Der Kläger braucht nicht selbst besessen zu haben, wenn er sich auf den Besitz des Erblassers beziehen kann. Dann muß aber der Besitz des letzteren eine justa causa haben. Dasselbe gilt beim Fideicommiß der Erbschaft, beim Legat und bei der donatio mortis causa.

3. Haben der Erbe, Legatar u. s. f. selbst bereits besessen, so gilt Ererbung oder Vermächtniß als Titel, es müßte denn der Beklagte nachweisen können, daß der Erblasser fehlerhaft besessen. Beim Legat gilt letztere Einschränkung nicht.

4. Anderweite Ausnahmen von dem Erforderniß des früheren Besitzes giebt es nicht....

5. Der Klage stehen entgegen: a) die Einrede des Eigenthums, b) die Einrede des älteren titulirten Besitzes, c) die Einrede des älteren Besitzes und des Verlustes desselben wider Willen, d) die Einrede der Veräußerung, e) die Einrede der Verjährung.

6. Die beiden ersten Einreden können durch die Replik der Veräußerung beseitigt werden.

Wie unser Preuß. Recht das germanische Prinzip der Relativität des Eigenthumsschutzes in seiner vollen Ausdehnung in sich aufgenommen hat, wovon bereits in den Glossen zu § 161 d. T. gehandelt worden,*) so finden wir dieses Prinzip, wenngleich mehr oder minder modifizirt, auch in andern deutschen Partikularrechten.

So bestimmt das Bayr. Landrecht von 1756, II 2 § 9:

„Hat jemand das Gut einmal rechtmäßiger Weise inne gehabt, hernach aber den Besitz desselben wiederum verloren, so kann er solches von jedem Inhaber, der nicht ein gleiches oder besseres Recht hierzu beweisen mag, vindiciren ... indem er seines Orts weiter nichts, als die vorhin gehabte rechtmäßige Possession zu beweisen hat, im übrigen hat es mit gegenwärtiger Action die nämliche Beschaffenheit, wie mit obgedachter rei vindicatio."

*) Vergl. auch Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht (Breslau 1857) S. 296 f.

Das Badische Landrecht von 1809 verordnet in dem Zusatzartikel 544e zum Code civil:

„Der Besitz hat alle Wirkungen des Eigenthums zu Gunsten des wirklichen Besitzers gegen jeden, gegen den man nicht wegen der befragten Sache in Vertragsverbindlichkeiten steht, oder der nicht einen stärkeren Besitz oder ein stärkeres Recht zur Sache geltend machen kann. Der stärkere Besitz findet nur bei liegender Habe statt und steht demjenigen zu, der vor dem Andern die Sache wenigstens ein Jahr lang ungestört aus einem Rechtsgrunde, der die Meinung eines Eigenthumserwerbes begründen kann, ruhig inne hatte, sie durch Eigenmacht des Andern oder derjenigen, deren Rechtsnachfolger dieser ist, verlor und die verlorene Innehabung vor Ablauf eines Jahres verfolgt." *)

Das Oesterreich. allgemeine bürg. Gesetzb. enthält folgende Vorschriften mit dem Marginal: „Eigenthumsklage aus dem rechtlich vermutheten Eigenthume des Klägers:"

§ 372. „Wenn der Kläger mit dem Beweise des erworbenen Eigenthumes einer ihm vorenthaltenen Sache zwar nicht ausreicht, aber den gültigen Titel, und die echte Art, wodurch er zu ihrem Besitze gelangt ist, dargethan hat; so wird er doch in Rücksicht eines jeden Besitzers, der keinen, oder nur einen schwächeren Titel seines Besitzes anzugeben vermag, für den wahren Eigenthümer gehalten."

§ 373. „Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt; wenn er keinen oder nur einen verdächtigen Vormann anzugeben vermag; oder, wenn er die Sache ohne Entgeld, der Kläger aber gegen Entgeld erhalten hat; so muß er dem Kläger weichen."

§ 374. „Haben der Geklagte und der Kläger einen gleichen Titel ihres echten Besitzes; so gebührt dem Geklagten Kraft des Besitzes der Vorzug."

---

## Verhältniß des redlichen und unredlichen Besitzers.

§§ 177, 178.

Paul. l. 136 D. de R. J.: Bona fides tantundem possidenti praestat, quantum veritas, quoties lex impedimento non est.

Ulp. l. 7 § 11 D. de Publ. (6, 2): Praetor ait: „Qui bona fide emit." Non igitur omnis emtio proderit, sed ea, quae bonam fidem habet. . . . .

Oesterr. bürgerl. Gesetzb. § 373: „Wenn also der Geklagte die Sache auf eine unredliche oder unrechtmäßige Weise besitzt. . . ., so muß er dem Kläger weichen."

Delbrück a. a. O. S. 287, 288 bemerkt über das Erforderniß der bona fides:

„. . . In Bezug auf die Publiciana ist es außer Zweifel, daß guter Glaube erforderlich ist, man streitet aber darüber, ob mala fides superveniens der Klage im Wege stehe. Betrachten wir bloß das römische

---

*) Vergl. hierüber Delbrück a. a. O. S. 247.

Recht, so ist die Sache unbedingt zweifelhaft, da ja die Klage auf der Fiction der Ersitzung beruht und diese den fortdauernden guten Glauben nicht erfordert, für das heutige Recht aber würde man wohl sich für die Meinung derer entscheiden müssen, welche auf Grund der bekannten canonischen Bestimmungen die Nothwendigkeit der Fortdauer behaupten. Indessen hat die Erörterung dieser Streitfrage aus dem Standpunkt der Fiction hier kein Interesse, weil dieser Standpunkt für die dingliche Klage des deutschen Rechts nicht vorhanden ist. Hier entscheidet die Betrachtung, daß die Klage eine Klage zum Schutz des Eigenthums ist und demjenigen nicht zu statten kommen kann, der es weiß, daß ein Anderer Eigenthümer ist. Es soll zwar der Erfolg nicht ausgeschlossen sein, daß der Nichteigenthümer den minder Berechtigten überwindet, allein nimmermehr kann dies dem malae fidei possessor zu Gute kommen, da niemand, der es weiß, daß er nicht Eigenthümer ist, verlangen kann, auch einem rechtlosen Besitzer gegenüber als Eigenthümer angesehen zu werden. Die Frage hat übrigens wenig praktische Bedeutung, denn der Kläger braucht den guten Glauben nicht zu beweisen.

Vergl. auch Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon B. 12 S. 480 u. 481 und Plathner in der Preuß. Ger. Zeit. 1861 S. 111.

---

§ 179. Ueber die bereits im § 18 d. T. aufgestellte, hier wiederholte Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes spricht sich Delbrück a. a. O. S. 288 dahin aus:

Die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes, welche übrigens weder mit der Fehlerfreiheit noch mit dem Vorhandensein des Titels zu verwechseln ist, findet sich zwar nicht in den Quellen des römischen Rechts, indeß wird sich schwerlich behaupten lassen, daß sie dem Geiste des römischen Rechts widerspreche. Jedenfalls steht der Satz, daß der gute Glaube keines Beweises bedarf, für das heutige Recht fest. Schon die Glosse spricht ihn mit großer Bestimmtheit so aus: probatur eo ipso, quod non probatur contrarium und noch heute halten Theorie und Praxis ihn fest,*) wenn auch zuweilen das Gegentheil behauptet ist.

Gleichwohl bleibt es immer eine ungehörige Ausdrucksweise, wenn man hier, wie es herkömmlich geschieht (und zwar gewöhnlich unter Berufung auf die mißverstandene Stelle: c. 47 de R. J. in VI 5, 12: Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur), von einer dem Besitzer zur Seite stehenden Rechtsvermuthung spricht.

Vergl. hiergegen Unger, System des österr. allgem. Privatr. II. Bd. 2. Abtheilung (Leipzig 1859) S. 592 Note 39, welcher die gleiche

---

*) Glück, Pand. Comm. VIII, S. 332 und IX, S. 139. — Göschen, Vorlesungen II, § 258, No. 6. — Seuffert, Pand. Recht § 136. — Archiv I, 408 sub 4; IX, 1. — Holzschuher, Theorie II, S. 52 Fr. 4. — Sell, Eigenthum S. 242. — Puchta, Pand. u. Vorles. § 97. Savigny, System, III, 372.



Vorschrift des Oesterr. Gesetzb. (§ 328 „... Im Zweifel ist die Vermuthung für die Redlichkeit des Besitzes“), desgleichen des revidirten Entwurfes eines bürgerl. Gesetzbuches für das K. Sachsen (1861[1]) §§ 198, 287 streng tadelt.

Sehr richtig fügt daher Gersterding, Lehre vom Eigenthum S. 296, dem von ihm gleichfalls aufgenommenen gangbaren Satze: „der gute Glaube wird vermuthet“ sogleich die Bemerkung bei: „oder vielmehr der böse Glaube, als das Positive, nicht vermuthet und muß daher von demjenigen erwiesen werden, der ihn seinem Gegner vorwirft.“

Ebenso unpassend ist nun aber auch die Annahme einer Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes.

Weber, über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilproz. 2. Ausgabe S. 98 f. bemerkt hiergegen:

> Mit Unrecht stellt man eine Rechtsvermuthung für die rechtmäßige Erwerbung des Besitzes auf. Um in dem Besitze, worin sich Jemand befindet, geschützt zu werden, bis Andere ein besseres Recht ausführen, dazu bedarf es keiner Rechtsvermuthung. Wenn daher die Gesetze den Besitzer einer Sache, die von Andern in Anspruch genommen wird, mit Beweisen der Rechtmäßigkeit seines Besitzes nicht belästigt, vielmehr ihn bei der freien Ausübung seines Rechts, so lange als die Anmaßung des Gegners noch unerwiesen ist, gehandhabt wissen wollen,[2]) so ist das nicht sowohl die Folge einer für ihn geordneten Rechtsvermuthung, als vielmehr die natürliche Folge des allgemeinen Grundsatzes, daß Niemand den Ansprüchen und Forderungen Anderer zu weichen schuldig erkannt werden könne, bis diese rechtlich begründet, und soweit sie auf Thatsachen beruhen, gehörig bewahrheitet worden sind. Sonst würde man überall Rechtvermuthungen für jeden Verklagten annehmen müssen.

v. Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 156, 157 macht dabei auf die Bedenklichkeit einer solchen Rechtsvermuthung aufmerksam, indem er sagt:

> Wenn man diese Vermuthung in dem vollen Umfange gelten lassen wollte, dessen der Ausdruck empfänglich ist, so würde Jeder, der irgend ein Mal Besitzer war, den verlorenen Besitz bloß aus dem Grunde dieser

---

1) Kritisch besprochen von Dr. Joseph Unger (Leipzig 1861) S. 15, 16.

2) § 4 J. de interd. (4, 15): .... Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio, propter quam causam, quum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet....

Gaj. l. 24 D. de r. v. (6, 1): ... longe commodius est, ipsum possidere, et adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere.

Ulp. l. 73 pr. eod.: In speciali actione non cogitur possessor dicere, pro qua parte ejus sit; hoc enim petitoris munus est, non possessoris. Quod et in Publiciana observatur.

Rechtsvermuthung, ohne weiteren Beweis gegen jeden Andern einzuklagen befugt sein. So ist es aber in der That nicht gemeint. Jene Vermuthung bezieht sich nur auf die Lage des gegenwärtigen Besitzers, also des Beklagten im Streit über Eigenthum; sie soll nur die Stellung dieses Beklagten, dem Kläger gegenüber, bezeichnen, indem der Beklagte befugt ist, sich auf die reine Verneinung zu beschränken und abzuwarten, ob es dem Kläger gelingen werde, die Thätigkeit des Richters für sich in Anspruch zu nehmen. Dies ist dieselbe Stellung, welche auch in dem Streit über andere Arten von Rechten, z. B. über Obligationen, dem Beklagten unzweifelhaft zuzuschreiben ist.

Das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch hat sich gleichfalls der gewöhnlichen Theorie angeschlossen, indem es § 323 bestimmt:

„Der Besitzer einer Sache hat die rechtliche Vermuthung eines gültigen Titels für sich; er kann also zur Angabe desselben nicht aufgefordert werden."

Vergl. hiergegen Unger, System B. II S. 591 Note 38.

---

§ 180.

l. 11 C. de pet. her. (3, 31): Cogi possessorem ab eo, qui expetit, titulum suae possessionis dicere, incivile est.....

Bayr. Landrecht Th. 1756 II. 5 § 8: „Die merklichsten Wirkungen der Possession bestehen darin: .... 2do soll Niemand seines Inhabens entsetzt werden, so lange nicht ein anderer ein besseres Recht zur Sache genüglich thut. 3io ist im Zweifel allzeit melior conditio possidentis. 4to kann man ihm regulariter und sofern er nicht eine stärkere Praesumtionem vel Resistentiam Juris wider sich hat, den Titel oder Causam Pôssessionis anzugeben keineswegs zumuthen. Ebensowenig ist er 5to schuldig, den Beweis, daß ihm die Sache zugehörig sei, auf sich zu nehmen."

Berger oecon. jur. Lib. II tit. 6 cap. III Not. 2: Ad effectus juris possessionis referendam esse liberationem ab indicatione tituli, quandoquidem regulariter possessor ad edendum suae possessionis titulum non teneatur ... Mevius, Decis. IV. 357.

Vergl. Delbrück a. a. O. § 33 „die s. g. Pflicht zur Angabe des Besitztitels."

---

§§ 181—183 behandeln die s. g. praesumtio pro libertate und regeln damit in angemessener Weise die Beweislast bei der Negatorienklage[1]) — einen Punkt, der im gemeinen Recht eine vielfach besprochene, jedoch bis auf den heutigen Tag noch unerledigte Controverse bildet,[2]) wiewohl als die herrschende Ansicht die von unserem Landrecht adoptirte zu bezeichnen ist.

---

1) Vergl. Förster, Klage und Einrede nach preuß. Recht S. 312.

2) Vergl. den neuesten Schriftsteller über diese Materie: Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 67 S. 236—242.

Ueber die Literatur der Streitfrage ist zu vergleichen: Hufeland Beiträge zur Berichtigung und Erweiterung der positiven Rechtswissenschaft B. 4 Nr. 10, woselbst sich ein sehr zahlreiches Verzeichniß der früheren Schriften findet, ferner Mühlenbruch, Lehrbuch des Pand.=Rechts § 292 Note 17—22, v. Vangerow, Leitfaden I S. 706 Anm. 2 und Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 67.

Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzb. hat diese Controverse in anderer, aber jedenfalls unbefriedigender Weise entschieden, indem es im § 523 bestimmt:

„In Ansehung der Servituten findet ein doppeltes Klagerecht Statt. Man kann gegen den Eigenthümer das Recht der Servitut behaupten; oder der Eigenthümer kann sich über die Anmaßung einer Servitut beschweren. Im ersten Falle muß der Kläger die Erwerbung der Servitut, oder wenigstens den Besitz derselben als eines dinglichen Rechtes, im zweyten Falle muß er die Anmaßung der Servitut in seiner Sache beweisen."

und im § 324 den allgemeinen Grundsatz aufstellt:

„Diese Aufforderung (zur Angabe des Titels) findet auch dann noch nicht Statt, wenn jemand behauptet, daß der Besitz seines Gegners mit anderen rechtlichen Vermuthungen, z. B. mit der Freyheit des Eigenthumes, sich nicht vereinbaren lasse. In solchen Fällen muß der behauptende Gegner vor dem ordentlichen Richter klagen, und sein vermeintliches stärkeres Recht darthun. Im Zweifel gebühret dem Besitzer der Vorzug."

v. Winiwarter, das österreichische bürgerliche Recht systematisch dargestellt und erläutert, Th. 2 (Wien 1832) S. 325 sucht diese Bestimmung zu rechtfertigen. Auch Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. II Abth. 2 (Leipzig 1859) S. 563 Note 22a führt den § 523 unter denjenigen Vorschriften auf, durch welche das Oesterr. Gesetzb. in zweckmäßiger Weise bei vielen Rechtsverhältnissen die Beweislast regele, behält sich jedoch (S. 595 Note 43) das Nähere für den (leider noch nicht erschienenen) besonderen Theil vor.

---

§ 184. Diese Vorschrift ist rein germanischen Ursprungs. Wir haben darin die dingliche Klage des deutschen Rechts aus Verlust des Besitzes wider Willen zu erkennen, die schon im Art. 208 der Carolina,[1]) so wie im Lübischen Recht Art. 3 Tit. 1 B. 4[2]) uns entgegentritt.[3])

1) Delbrück a. a. O. § 38.

2) Delbrück a. a. O. § 39.

3) Im röm. Rechte ließe sich nur ein Anklang finden in l. 5 C. de furt. (6, 2):

Diese Klage ist, wie Delbrück a. a. O. S. 282 bemerkt, eine Abart der Klage aus älterem Besitz, eigenthümlich dadurch modifizirt, daß darin die Einrede des Titels wegfällt. „Prozessualisch betrachtet liegt der Grund des Lehrsatzes darin, daß der, welcher den Besitz gehabt und ihn wider seinen Willen verloren hat, größere Wahrscheinlichkeit für sich hat, als der gegenwärtige auch titulirte Besitzer. Denn die Annahme, daß sein Recht aufgehoben sei, kann nicht Platz greifen. Auf dem Gebiete des materiellen Rechts, dem der Satz als solcher angehört, ist er als ein positiver hinzunehmen."

In Beziehung auf das Preuß. Recht spricht sich Delbrück a. a. O. S. 236 bis 238 dahin aus:

„An einer anderen Stelle des Landrechts begegnen wir ebenfalls der Klage des deutschen Rechts.

§ 34, Th. I, Tit. 15. „Sobald der Kläger nachgewiesen hat, daß die Sache seinem rechtmäßigen Besitze ohne seinen Willen entkommen sei, ist der Beklagte schuldig, seinen Besitztitel anzugeben."

§ 37. „Wer in den nicht ausgenommenen Fällen seinen Vormann und Besitztitel nicht angeben kann, muß die Sache unentgeltlich zurückgeben."

Etwas anders drückt sich der § 184 Tit. 7 aus: „Weiset jemand nach, daß ihm der Besitz einer Sache durch Gewalt, List oder Betrug entnommen worden, so ist der gegenwärtige Besitzer den Titel, aus welchem er besitzt, anzugeben verbunden."

§ 186. „Wer . . . die Angabe seines Besitztitels beharrlich verweigert, ist für einen unredlichen Besitzer zu achten."

Die Abweichungen sind wohl lediglich als Ungenauigkeit der Redaction anzusehen, weshalb es nicht gerathen erscheint, beide Vorschriften als selbstständig einander gegenüberzustellen, man muß vielmehr die eine aus der andern erklären und interpretiren. Aus § 34 also sehen wir, daß der Rechtssatz in allen Fällen des unfreiwilligen Besitzverlustes und nicht bloß in den drei im § 184 genannten zur Anwendung kommt und aus § 184 wiederum, daß das Wort: rechtmäßig im § 34 keine technische Bedeutung hat. Wäre letzteres der Fall, so würde, da der § 10 Tit. 7 die Rechtmäßigkeit auf den Titel bezieht, der Kläger nicht bloß den früheren Besitz und die Art des Verlustes, sondern auch seinen Titel anzugeben haben. Alsdann käme die Sache so zu stehen: hat jemand eine Sache verloren, so genügt der Nachweis, daß er sie vorher besessen (9 § 57); ist sie ihm durch Gewalt, List oder Betrug entzogen, so muß er überdies eine dieser Arten des Verlustes beweisen (7 § 184); ist sie ihm sonst ohne seinen Willen entkommen, z. B. weggeschwemmt, weggelaufen u. s. f., so muß er noch mehr, nämlich auch seinen Titel beweisen (15 § 14). Das hätte in der That wenig Sinn.

---

Civile est quod a te adversarius tuus exigit: ut rei quam apud te fuisse fateris, exhibeas venditorem: nam a transeunte et ignoto te emisse, dicere non convenit, volenti evitare alienam bono viro suspicionem.

Das preußische Landrecht hat also 1) eine Klage aus einfachem ehemaligen Besitze und 2) eine Klage aus Verlust des Besitzes wider Willen; in beiden wird der Beklagte verurtheilt, wenn er seinen Titel nicht angiebt. Für die erste Klage ergiebt sich dies aus 7 § 162, für die letztere aber aus 7 § 186 und § 178, denn, wer seinen Titel nicht angiebt, ist ein unredlicher Besitzer und der unredliche Besitzer soll immer dem redlichen weichen. Wie nun aber, wenn er seinen Titel angiebt? Manche haben gemeint, es genüge die bloße Angabe, jetzt ist man aber wohl fast allgemein darüber einverstanden, daß die Angabe nöthigenfalls auch bewiesen werden muß. Dieser Beweis hat nun der ersten Klage gegenüber ohne Zweifel volle Kraft, 7 § 161 und 162, im Falle der zweiten Klage aber kann der Beklagte den Kläger damit nicht zurückweisen, er ist dann nur berechtigt, Erstattung des Gegebenen zu verlangen. Dies folgt aus 15 § 37, ist jedoch streitig.

Sollten nun aber diese Ausführungen nicht annehmbar erscheinen, so bleiben doch folgende Sätze als unzweifelhaftes Minimum stehen:

1) Beweist der Kläger, daß er früher besessen hat, der Beklagte aber jetzt ohne Rechtsgrund besitzt, so muß der Beklagte die Sache herausgeben, 7 § 162; 9 § 57 und 59.

2) Beweist der Kläger, daß ihm der Besitz durch Gewalt, List oder Betrug entzogen ist, so muß der Beklagte, der keinen Titel angiebt, die Sache herausgeben, 7 § 184, 186, 178.

Schon diese Sätze, noch viel mehr aber die oben ausgeführten *laufen* dem römischen Recht entgegen und geben einfach das deutsche *Klagerecht*."

Zu vergleichen ist dabei v. Rönne, Ergänz. und Erläut. des Allg. Land-Rechts zu §§ 34 I. 15 und v. Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 161—164.

Das Oesterr. bürgerl. Gesetzb. enthält nur die Vorschrift:

§ 325. „In wie fern der Besitzer einer Sache . . ., die entwendet zu sein scheint, den Titel seines Besitzes anzuzeigen verbunden sey, darüber entscheiden die Straf- und politischen Gesetze."

---

§ 185. Diese Vorschrift spricht einen bloßen Prozeßgrundsatz aus, der noch dazu der von der neueren Prozeßgesetzgebung aufgegebenen Instruktionsmaxime seinen Ursprung verdankt. Sie wird daher mit Recht von Koch*) als „eine unjuristische und zwecklose Bestimmung" bezeichnet. Dieselbe findet sich schon in ihrer jetzigen Fassung im § 116 des gedruckten Entwurfes. Auf die dagegen eingegangenen Erinnerungen bemerkte Suarez:

„Weder die Meinung einiger Monenten, daß der § 116 eine widerrechtliche Einschränkung der jurium possessionis enthalte, noch das Sentiment des Herrn Goßler, daß es dieses Paragraphen nicht bedürfe, weil das Nöthige deshalb in der Prozeß-Ordnung verfügt sei, können mich zur

*) Lehre vom Besitz S. 98 Note 50.



Weglassung desselben bestimmen. Eben weil er einen Hauptgrundsatz der Prozeß-Ordnung enthält, muß er im Gesetzbuche stehen bleiben, und da übrigens bloß von der Angabe, nicht von dem Erweise des Besitztitels die Rede ist, so fällt die vermeinte Unbilligkeit der Disposition von selbst weg."
Simon und v. Strampff, Materialien S. 293, 294.

---

§ 186. Diese Vorschrift findet sich in bestimmterer Fassung im § 39 Tit. 15 Th. I des Allg. Land-Rechts wieder:

„Wer aber auf gerichtliches Befragen, die Angabe seines Vormannes oder Besitztitels*) beharrlich verweigert, ohne Umstände nachweisen zu können, die es wahrscheinlich machen, daß ihm beides wirklich unbekannt oder entfallen sei, der ist in allem Betrachte für einen unredlichen Besitzer zu achten."

v. Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 160 Note m bemerkt zu diesem § 39: Es sei ungewiß, ob unter dem gerichtlichen Befragen bloß die im § 185 Tit. 7 erwähnte Frage des Richters zu verstehen sein solle, oder etwa auch die Frage der Gegenpartei, wenn diese vor Gericht aufgestellt werde. Der § 186 Tit. 7 scheine nicht entscheidend. — Wir halten die letzte Alternative für die allein richtige. Nach dem genauen Zusammenhange des § 39 mit den vorhergehenden §§ 33 f. bezieht sich derselbe unzweifelhaft auf den Umfang der dem Verklagten, dem Kläger gegenüber, obliegenden Verpflichtungen. Es handelt sich daher nur um die Feststellung streitiger Rechtsverhältnisse durch den hierzu angerufenen Richter, nicht um die Bestrafung des Ungehorsams gegen einen richterlichen Befehl.

---

§ 187. Diese bereits im gedruckten Entwurfe § 118 in der gegenwärtigen Fassung enthaltene Vorschrift verdankt ihre Entstehung einem Vorschlage von Suarez. — Es wurde dagegen monirt:

„Die Verpflichtung zur Angabe des Titels und die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit des Besitzes scheinen einander zu widersprechen. Durch Angabe des Titels wird entweder die Vermuthung ganz aufgehoben oder zur Gewißheit gebracht."

von Goßler aber entgegnet:

„Angabe und Beweis sind sehr von einander unterschieden. Nur der

---

*) v. Savigny, Obligationenrecht B. 2 S. 161 macht darauf aufmerksam, daß in einigen Stellen des A. L. R. der Besitzer verpflichtet werde, nicht nur den Besitztitel, sondern auch den Vormann anzugeben, in andern nur der Titel, nicht der Vormann erwähnt werde. Er bemerkt dabei: „Diese Verschiedenheit ist wohl nur scheinbar und zufällig. Denn die Angabe des Titels soll doch ohne Zweifel auf alle thatsächliche Umstände gehen, wohin der Vormann vor allen andern Umständen zu rechnen ist." — Die Richtigkeit dieser Bemerkung wird durch den angeführten § 89 außer Zweifel gestellt, indem aus der disjunctiven Fassung die Identität beider Erfordernisse hervorgeht.



letztere hat auf die Vermuthung nothwendigen Einfluß und muß sie entweder ganz aufheben oder zur Gewißheit bringen. Von der bloßen Angabe läßt sich dies nicht behaupten, und mit ihr kann die Vermuthung in den mehrsten Fällen füglich bestehen."

Simon und v. Strampff a. a. O. S. 156, 157, 298.

---

## Insonderheit bei Räumung des Besitzes.

### 1. von einem vollständigen redlichen Besitzer,

a) in Ansehung der Nutzungen und Früchte.*)

Backe, bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat ex jure civili. Diss. inaug. Berol. 1825.

Unterholzner. Von der Erwerbung des Eigenthums an den Erzeugnissen. (Archiv für die civ. Praxis B. 8 S. 309 f.)

v. Buchholtz, Versuche über einzelne Theile der Theorie des heut. Röm. Rechts. Berlin 1831. (Beitrag zur Lehre vom Fruchterwerbe S. 140—147.)

G. E. Heimbach, die Lehre von der Frucht nach den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten. Leipzig 1843.

3. Abhandl. Bedeutung der Perception und Schicksale der Frucht, welche durch sie bedingt sind S. 64 f.

10. Abh. Von dem Erwerbe der Erzeugnisse durch den redlichen Besitzer S. 211 f.

12. Abh. Von dem Fruchterwerbe nach deutschem Recht S. 282 f.

13. Abh. Von der Fruchtrestitution bei dem Anefang S. 297 f.

Heimbach in Weiske's Rechtslexicon II S. 270—272. XI S. 901, 902 XIII S. 106—108.

Luden ebendaselbst IV S. 419, 420.

Wächter, Erörterungen aus dem Röm. Deutsch. u. Württemb. Privatrechte. 1. Heft. Stuttgart 1845. (Zur Lehre von den Früchten einer Sache S. 55—87.)

Plathner, Geist des Preuß. Privatrechts. 1854 B. 2 S. 182—187.

§ 188 — „in dem Stande, in welchem sie sich wirklich befindet" — also auch mit dem von außen herkommenden Zuwachs.

Julian. l. 34 D. de r. v. (6, 1): Idem est, et si per alluvionem pars fundo accesserit.

---

*) Statt der sehr detaillirten Vorschriften des A. L. R. über diesen Punkt (§§ 189 bis 203) enthält das Oesterr. Gesetzbuch § 330 den einfachen Grundsatz:

„Dem redlichen Besitzer gehören alle aus der Sache entspringende Früchte, sobald sie von der Sache abgesondert worden sind; ihm gehören auch alle schon eingehobene Nutzungen, insofern sie während des ruhigen Besitzes bereits fällig gewesen sind."

Ulp. l. 11 § 7 D. de Publ. (6, 2): Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei, cui accedit, et ideo, si ipse fundus Publiciana peti non potest, nec hoc petetur; si autem potest, et pars, quae per alluvionem accessit. Et ita Pomponius sribit.

§§ 189, 190. 1.

§ 35 J. de rer. div. (2, 1): Si quis a non domino, quem dominum esse crediderit, bona fide fundum emerit, vel ex donatione aliave qualibet justa causa aeque bona fide acceperit, naturali ratione placuit fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura; et ideo si postea dominus supervenerit, et fundum vindicet, de fructibus ab eo consumtis[1]) agere non potest....

Paul. l. 48 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Bonae fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re suos interim[2]) facit, non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes, quia, quod ad fructus attinet, loco domini paene est. Denique etiam priusquam percipiat, statim ubi a solo separati sunt, bonae fidei emtoris fiunt.....

Julian. l. 25 § 1 D. de usur. et fruct. (22, 1): .... Porro bonae fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis praediorum tributum est....

2. Die beabsichtigten Abweichungen der landrechtlichen Vorschriften über den Fruchterwerb des redlichen Besitzers sind von Suarez selbst in seinen amtlichen Schlußvorträgen dargestellt. Simon u. v. Strampff, Materialien S. 380—382. Vergl. auch Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 95, 96.

3. Muß der redliche Besitzer eines Grundstückes von dem auf demselben gefundenen Schatze die dem Grundeigenthümer gesetzlich zukommende Hälfte dem vindicirenden Eigenthümer herausgeben?

So viel ist gewiß, daß die vom Gesetz dem Grundeigenthümer zugesprochene Schatzhälfte nicht zu den Früchten und Nutzungen des Grundstückes gehört, wenn es auch streitig ist, ob man sie als eine Accession desselben zu betrachten hat.[3]) Es bestimmt daher der § 97 Tit. 9 Th. I A. L. R. ausdrücklich:

---

1) Zum Ersatz der consumirten Früchte kann der gutgläubige Besitzer nicht verpflichtet werden; er würde an seinem eigenen Vermögen Schaden leiden, wenn er bezahlen müßte, was er eben nur deshalb verbraucht hat, weil er sich keiner Pflicht zur Herausgabe bewußt war.
Jacobi in v. Gerber's und Jhering's Jahrbüchern B. IV S. 240.

2) Ueber die Bedeutung dieses „interim“ — eine Beschränkung, die das Preuß. Recht nicht kennt — vergl. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts § 151 B. 2 S. 135—139, welcher die Unhaltbarkeit der (auch von fast allen neueren Schriftstellern über den Fruchterwerb verworfenen) Savignyschen Auffassung (Recht des Besitzes § 22a) nachweist.

3) Vergl. Gersterding, Lehre vom Eigenth. S. 99 f. Puchta, Vorles. I S. 303. Böcking, Pand. § 150 Note 25. Brinz Lehrb. der Pand. § 53 S. 192, 193.

„Der bloße Nießbraucher, ingleichen der Erbpächter hat an einem solchen Schatze keinen Antheil."

Damit ist jedoch unsere Frage noch nicht entschieden. — Die rechtliche Stellung des bonae fidei possessor ist eine wesentlich andere als die eines bloßen Nießbrauchers, der wissentlich eine fremde Sache benutzt und eben nur auf den Fruchtgenuß angewiesen ist.[1] Der redliche Besitzer schaltet über die Sache als vermeintlicher Eigenthümer und hat daher dieselbe nur „in dem Stande, in welchem sie sich (zu der Zeit, wo ihm der Anspruch des wahren Eigenthümers bekannt geworden) wirklich befindet," zurückzugeben. Dies führt uns auf den richtigen Gesichtspunkt bei Beantwortung der aufgestellten Frage. Der dem Besitzer als vermeintlichen Eigenthümer zugekommene Schatz ist als eine besondere Sache zu betrachten, rücksichtlich deren die Restitutionspflicht einer ganz selbstständigen Beurtheilung nach den Grundsätzen der §§ 188 ff. d. T. unterliegt. Es kommt daher insbesondere in Frage, wie viel an dem entscheidenden Zeitpunkte von dem Schatze noch wirklich vorhanden ist.

4. Der redliche Besitzer einer Sache hinterläßt einen Erben, der es weiß, daß dieselbe einem Dritten gehört.

Was gilt in Betreff der Herausgabe der vom Erblasser gewonnenen und noch vorhandenen Früchte?

Die mala fides des Erben kann hierbei nicht in Betracht kommen, weil es sich um die vom Erblasser selbst erworbenen Rechte handelt, welche als zur Erbschaft gehörig auf den Erben übergehen.[2]

Nach dem im § 189 d. T. ausgesprochenen Prinzip hatte der Eigenthümer der Hauptsache zu keiner Zeit das Eigenthum an den separirten Früchten, als für sich bestehenden Sachen, erworben. Dieselben waren mit der Perception (oder Separation) in das unwiderrufliche Eigenthum des redlichen Besitzers übergegangen und können

---

1) Vergl. Julian. l. 25 § 1 D. de usur. et fruct. (22, 1): .... Praeterea quum ad fructuarium pertineant fructus a quolibet sati, quanto magis hoc in bonae fidei possessoribus recipiendum est, qui plus juris in percipiendis fructibus habent?...

Paul. l. 48 pr. D. de acq. rer. dom. (41, 1): Bonae fidei emtor ...., quod ad fructus attinet, loco domini paene est....

2) A. L. R. Th I Tit. 9 § 353. „Alles, was an fremdem Eigenthume, oder dessen Zuwüchsen in der Gewahrsam des Verstorbenen gefunden worden, gehört nicht zu seiner Erbschaft."

§ 355. „Insofern aber dem Erblasser auf dergleichen fremde Sachen Rechte zukommen, welche ihrer Natur nach durch den Tod nicht erlöschen, machen diese Rechte einen Theil der Erbschaft aus."

daher der Vindication des Eigenthümers der Hauptsache niemals unterliegen. Es läßt sich deshalb auch nicht von einem Wiederaufleben dieses Vindicationsrechts gegen den Erben als unredlichen Besitzer sprechen.

5. Wie ist es im umgekehrten Falle, wenn der Erbe des unredlichen Besitzers sich in gutem Glauben befindet und in diesem Glauben die bei dem Tode des Erblassers noch vorhandenen Früchte als vermeintliche Erbschaftssachen verzehrt?

Im Allgemeinen gilt der Grundsatz: die bona fides des Erben kann in Betreff derjenigen Ansprüche nichts ändern, welche gegen den Erblasser aus dessen unredlichem Besitze entstanden sind.[1])

Anders stellt sich jedoch die Sache, wenn der Eigenthümer erst nach dem Tode des unredlichen Besitzers seine Ansprüche auf Herausgabe der Sache gegen den redlichen Erben geltend macht. Es kommt hierbei ein doppelter Besitz in Betracht: der unredliche des Erblassers, der redliche des Erben. Für jenen gilt der Grundsatz des § 42, für diesen der des § 40 d. T.[2]) Der Erbe als solcher hat daher die durch die unredlichen Handlungen seines Erblassers dem Eigenthümer erwachsenen Nachtheile, gleich einem unredlichen Besitzer, zu vertreten, während er für seine eigenen Handlungen nur insoweit verantwortlich ist, als die Stellung des redlichen Besitzers, dem Eigenthümer gegenüber, es mit sich bringt. — Die bei dem Tode des unredlichen Erblassers noch vorhandenen, von dem Erben vor der Vindication des Eigenthümers in gutem Glauben verzehrten Früchte gehören allerdings nicht zur Erbschaft (§ 353 Tit. 9, s. Note 2). Der Erbe hat daher eine fremde Sache verzehrt, welche der Eigenthümer, so lange sie noch vorhanden war, vindiciren konnte. Diese Vindication war gegen den Erblasser begründet, ein weiterer Anspruch aber nicht. Erst durch die Handlung des redlichen Erben sind die Früchte dem Vindicationsrechte des Eigenthümers entzogen worden. Es könnte daher ein Entschädigungsanspruch nur auf die Handlung des Erben gegründet werden. Dieser ist aber als redlicher Besitzer durch die Vorschrift des § 188, welche dessen Restitutionspflicht auf die noch vorhandene Sache beschränkt, vollkommen geschützt. Die ihm schon als percipirt überkommenen Früchte gelten in seiner Hand nicht als

1) § 42 d. T.: „Doch muß der Erbe die Folgen des unredlichen Besitzes seines Erblassers aus dessen Nachlaß vertreten."

2) „Bei jedem Nachfolger im Besitz wird die Beschaffenheit seines Besitzes bloß nach seiner eigenen Redlichkeit, nicht aber darnach beurtheilt: ob sein Vorfahr ein redlicher oder unredlicher Besitzer gewesen sei."

eigentliche Früchte, sondern als besondere Sachen, welche ganz derselben Beurtheilung, wie die Hauptsache, unterliegen. So wenig der redliche Erbe für den während seiner Besitzzeit eingetretenen Verlust der Hauptsache, gleich einem unredlichen Besitzer, verantwortlich gemacht werden kann, so wenig haftet er für den in gutem Glauben erfolgten Verbrauch des im Nachlasse vorgefundenen Fruchtbestandes. Nur die vom Erblasser selbst verzehrten Früchte hat er dem Eigenthümer zu erstatten.

Der § 62 Tit. 14 Th. I A. L. R.[1]) steht dieser Ausführung nicht entgegen, da er den Fall betrifft, wo der Erbe eine fremde Sache, zu deren Rückgabe der Erblasser vermöge eines Obligationsverhältnisses verpflichtet war, in gutem Glauben veräußert hat.

---

§ 191. Hat der redliche Besitzer einer Sache Nutzungen derselben für mehrere Jahre im Voraus verkauft, so steht dieser Verkauf dem Eigenthümer nur soweit entgegen, als die Nutzungen während der Dauer des redlichen Besitzes des Verkäufers fällig geworden sind; im Uebrigen aber nicht. Denn mit dem redlichen Besitze hört auch der Fruchtgenuß des Besitzers auf; es sind daher die über diesen Zeitpunkt hinaus von dem Besitzer in Ansehung der Früchte getroffenen Verfügungen wirkungslos. — Ob der Kaufpreis für die erst nach jenem Zeitpunkte fälligen Nutzungen von dem Besitzer bereits erhoben ist, oder nicht, macht hierbei keinen Unterschied, da jene Nutzungen selbst noch nicht erhoben sind.

---

§ 192. Diese Vorschrift ist ihrer beschränkten Fassung ungeachtet auch auf Mieth- und Pachtzinsen, welche für die einem Dritten überlassene Benutzung der Sache zu zahlen sind, in Anwendung zu bringen. Denn in Beziehung auf den vollständigen Besitzer sind diese Mieth- und Pachtzinsen an die Stelle der Früchte selbst getreten. Sie machen allein seinen Fruchtgenuß aus.[2]) Es müssen daher die zur Zeit der Vindication bereits verfallenen, von dem redlichen Besitzer noch nicht

---

1) „Haben die Erben eine niedergelegte Sache in der Meinung, daß sie zum Nachlasse gehöre, redlicher Weise veräußert: so darf dennoch der Niederleger mit dem dafür gelöseten Kaufpreise sich nicht begnügen; sondern es bleibt ihm der Nachweis, daß die Sache zur Zeit der Niederlegung mehr werth gewesen sei, vorbehalten."

2) Vergl. Ulp. l. 29 D. de her. pet. (5, 3): Mercedes plane a colonis acceptae loco sunt fructuum. Operae quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones. Item vecturae navium et jumentorum.

eingezogenen Zinsen dem Letzteren verbleiben, weil sie das Surrogat des Gebrauches und der Benutzung der Sache sind, wofür der redliche Besitzer dem Eigenthümer, so lange dieser sein Eigenthumsrecht nicht geltend macht, keine Entschädigung zu leisten hat.[1])

---

§§ 193, 194. Diese Vorschriften stimmen mit dem röm. Recht überein.[2])

Gaj. l. 28 pr. D. de usur. et fruct. (22, 1): In pecudum fructu etiam foetus est, sicut lac, et pilus, et lana. Itaque agni, et hoedi, et vituli statim pleno jure sunt bonae fidei possessoris et fructuarii...

Ulp. l. 48 § 2 D. de acq. rer. dom. (41, 1): Et ovium foetus in fructu sunt, et ideo ad bonae fidei emtorem pertinent, etiam si praegnantes venierint, vel surreptae sint. Et sane quin lac suum faciat, quamvis plenis uberibus venierint, dubitari non potest. Idemque in lana juris est.

Paul. l. 4 § 19 D. de usurp. (41, 3): Lana ovium furtivarum, si quidem apud furem detonsa est, usucapi non potest; si vero apud bonae fidei emtorem, contra, quoniam in fructu est, nec usucapi debet, sed statim emtoris fit.....

Ulp. l. 49 § 6 D. de furt. (47, 2): Ex furtivis equis nati statim ad bonae fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur....

---

b) insonderheit bei nutzbaren Grundstücken.

§§ 195—203. Diese Bestimmungen über Räumung nutzbarer Grundstücke Seitens des redlichen Besitzers müssen bei der allgemeinen Fassung dieser Paragraphen auch auf solche Grundstücke Anwendung finden, deren Früchte nicht jährlich, sondern in längeren Zwischenräumen gezogen werden.[3])

Im Uebrigen ist rücksichtlich der gedachten Vorschriften auf v. Rönne, Ergänz. u. Erläut. des Allg. Land-Rechts I S. 192 zu verweisen.

---

c) der Verbesserungen.

W. Sell. Ueber das Princip, auf welchem das Recht des beklagten Besitzers bei der rei vindicatio und Publiciana in rem

---

1) In Betreff des gemeinen Rechts, welches auch bei redlichem Besitze die fructus exstantes dem Eigenthümer zuspricht, ist zu vergleichen: Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 91, 92 und das Erkenntniß des O. A. G. zu Cassel vom 7. März 1860 (Archiv für practische Rechtswiss. VIII. S. 158—162).

2) Löher (das System des Preuß. Landrechts S. 162) will darin einen deutschrechtlichen Grundsatz erblicken. Er bemerkt: „die bewegliche Sache gehört jedesmal dem, der sie einzeln in die Gewehre genommen hat, also muß auch von der Frucht, welche von der beweglichen Sache abfällt, jedesmal besonders Besitz genommen werden. Das aber, was eine unbewegliche Sache erzeugt, folgt dem Rechte der unbeweglichen Sache selbst und bleibt in ihrer Gewehre."

3) Nach andern Grundsätzen behandelte das röm. Recht diesen Fall l. 7 § 7, 8 D. solut. matrim. (24, 3).

actio beruht, seine Verwendungen auf die fremde Sache gegen den klagenden Eigenthümer geltend zu machen (in Sell's Jahrbüchern für histor. u. dogmat. Bearbeitung des röm. Rechts B. 3 S. 272 f., 325 f.).

v. Jagemann in Weiske's Rechtslexicon B. 6 S. 194—198.

Heimbach sen. ebendas. B. 13 S. 102, 103.

Dr. Leist. Das erlaubte und unberufene Eingreifen in fremde Vermögensangelegenheiten. (Civilistische Studien auf dem Gebiete dogmatischer Analyse. 2. Heft. Jena 1855.[1])

Dr. Jacobi in v. Gerber's und Ihering's Jahrbüchern B. 4 S. 193—195.

Plathner, die Wirksamkeit des moralischen Prinzips im Civilrecht (Preuß. Gerichts-Zeitung 1861 S. 107, 110 f.).

---

§ 204.

Ulp. frag. VI § 16: Utiles (impensae) sunt, quibus non factis deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit.

Paul. l. 27 § 5 D. de r. v. (6, 1): In rem petitam si possessor ante litem contestatam sumtus fecit, per doli mali exceptionem ratio eorum haberi debet, si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumtibus.....

Gaj. l. 39 pr. D. de her. pet. (5. 3): Utiles autem necessariaeque sunt, veluti quae fiunt reficiendorum aedificiorum gratia, aut in novelleta..... Denique alias complures ejusdem generis esse impensas, manifestum est.

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 331: „Hat der redliche Besitzer an die Sache entweder zur fortwährenden Erhaltung der Substanz einen nothwendigen, oder, zur Vermehrung noch fortdauernder Nutzungen einen nützlichen Aufwand gemacht; so gebührt ihm der Ersatz nach dem gegenwärtigen Werthe, insofern er den wirklich gemachten Aufwand nicht übersteigt."

Nur der gegenwärtige, nicht der frühere Besitzer kann den Anspruch auf Ersatz der Verwendungen gegen den Eigenthümer geltend machen.[2]) Dieser Grundsatz ist in einem Erkenntnisse des Ober-Tri-

---

1) In den die Impensen betreffenden §§ 4—17 wird zunächst der Begriff derselben angegeben, sodann aus dem röm. Rechte nachgewiesen, daß dasselbe die einzelnen Sätze dieses Begriffes enthalte. Dabei wird der Unterschied zwischen impensae necessariae, utiles und voluptuariae näher angegeben, auch hierbei wieder die Anerkennung dieses Unterschiedes in den Vorschriften des positiven Rechts dargethan und zuletzt noch darauf hingewiesen, wie dasselbe auch die die Ersatzpflicht betreffenden Sätze dieser Lehre in sich aufgenommen habe.

Schletter's Jahrb. der deutsch. Rechtswiss. B. 2 S. 137, 138.

2) Nach dem röm. Rechte folgt dieser Satz ganz von selbst daraus, daß nach

bunals vom 22. Oktober 1850 (in Sachen des Landwirthes Hodde wider die Wittwe Sprave S. 532) in folgender Weise ausgeführt worden:

> Die in den §§ 204 f. d. T. gegebenen Bestimmungen beschränken sich schlechthin auf das Verhältniß des vollständigen Besitzers zu dem Eigenthümer, wie aus dem zu § 175 aufgestellten Marginal hervorgeht, und unter dem vollständigen Besitzer kann nur derjenige verstanden werden, der es noch gegenwärtig ist, der von dem Eigenthümer der Sache auf deren Herausgabe in Anspruch genommen wird, und bei dieser Gelegenheit seine Gegenansprüche geltend machen kann. Daß die Sache sich so verhalte, daß ein ehemaliger Besitzer sich wegen Verbesserungen nicht an den Eigenthümer, der bei dem Hintermann des Ersteren vindicirt, halten kann, geht schon daraus hervor, daß der spätere Besitzer, wenn er Singularsuccessor eines früheren ist, sich mit jenem über den Erwerb der Sache abgefunden hat, daß also der frühere in dieser Beziehung bei dem Eigenthümer der Sache nichts mehr zu suchen hat. Die Richtigkeit dieser Ansicht ergibt sich ferner daraus, daß ein Nichtbesitzer der Sache nur dann von dem Eigenthümer mit der Vindicationsklage belangt werden kann, si liti se obtulit, oder si dolo possidere desiit, also auch nur dann als Gegenanspruch geltend machen kann, was sonst einem Besitzer und Vindicationsbeklagten auszuführen zusteht, so wie aus den Bestimmungen der §§ 28, 29 Tit. 15 Th. I A. L. R. Offenbar betreffen diese Paragraphen einen Ausnahmefall, wo ein ehemaliger Besitzer noch Ersatz für seine Verbesserungen von dem Eigenthümer verlangen kann, der darauf beruht, daß ausnahmsweise auch gegen ihn als Nichtbesitzer noch eine Vindication in id, quo locupletior factus est, zugelassen wird.

Eine andere Frage ist:

> ob dem Vindicationsbeklagten die Retentionseinrede nicht bloß wegen der von ihm selbst gemachten, einen Ersatzanspruch begründenden Verwendungen zustehe, sondern auch wegen derjenigen, welche sein Auctor gemacht hat, und welche diesen, wenn er noch im Besitz wäre, zur Retention berechtigen würden.

Diese Frage wird von Paulus in l. 14 § 1 D. com. div. (10, 3) behandelt und bejahend entschieden:

> Impendia autem, quae, dum proprium meum fundum existimo, feci, quae scilicet, si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere possem, an etiam, si communi dividundo judicio mecum agatur, aequitate ipsius judicii retinere possim? considerandum est. Quod quidem magis puto, quia bonae fidei judicium est communi dividundo; sed hoc ita, si mecum agatur. Ceterum si alienavero partem meam, non erit, unde retinere possim. Sed is, qui a me emit, an retinere possit? videndum est; nam et si vindicaretur ab eo pars, impendiorum

---

den Grundsätzen desselben der gedachte Anspruch nur Einredeweise (exceptione doli), niemals im Wege einer Klage geltend gemacht werden kann.
Jacobi a. a. O.



nomine, quae ego fecissem, ita ut ego, poterat retentionem facere. Et verius est, ut et in hac specie expensae retineantur. . . .

Heimbach in Weiske's Rechtslex. B. 13 S. 103.

---

§ 206. Vergl. Mevii Decis. II. 210.

. . . . Id circo, quod tantum fructuum ex re haberi non potuit, quantum in rem expensum est, haud eo minus sumtus repeti queunt et debentur. Non enim ad unius vel alterius anni fructum mensurandae sunt, quae perpetuam utilitatem respiciunt, aut praestant; sufficit utiliter factas esse, utut eventum non habuerint, quod judicis arbitrio relinquendum est.

---

§§ 207, 208. In Betreff dieser Bestimmungen ist auf die sehr begründeten Bemerkungen Bornemann's (Systemat. Darstell. des Preuß. Civilrechts. 2. Ausg. S. 154—156) zu verweisen.

---

§ 209. Aus dieser Vorschrift ergibt sich von selbst, daß der redliche Besitzer niemals mehr als die aus seinem Vermögen aufgewendeten Meliorationskosten erstattet verlangen darf, wenn auch der Werth der dadurch bewirkten Verbesserung ein höherer sein sollte.[1])

Celsus l. 38 D. de r. v. (6, 1): . . . . . reddet impensam (dominus), ut fundum recipiat, usque eo duntaxat, quo pretiosior factus est, et si plus pretio fundi accessit, solum quod impensum est. . . .

---

§ 210.

Ulp. VI § 17: Voluptuosae (impensae) sunt, quibus neque omissis deterior (res) fieret, neque factis fructuosior effecta est, quod evenit in viridariis et pictoriis similibusque rebus.

Paul. l. 79 § 2 D. de V. S. (50, 16): Voluptuariae sunt, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent, ut sunt viridaria, et aquae salientes, incrustationes, loricationes, picturae.

cf. Paul. l. 10 D. de imp. in res dot. (25, 1): Quod si hae res, in quibus impensae factae sunt, promercales fuerint, tales impensae non voluptuariae, sed utiles sunt.[2])

„will der Eigenthümer dafür keine Vergütung leisten."

Celsus l. 38 D. de r. v. (6, 1): . . . . Constituimus vero, ut, si paratus sit dominus tantum dare, quantum habiturus esset possessor, his rebus ablatis, fiat ei potestas. . . .

Ulp. l. 9 D. de imp. in res dot. (25, 1): Pro voluptuariis impensis, nisi parata sit mulier pati maritum tollentem, exactionem patitur.

---

1) Im Oesterreich. Gesetzb. § 331 a. E. (s. oben zu § 204) ist dies ausdrücklich ausgesprochen.

2) „Wird eine zum Verkauf bestimmte Sache, res promercalis, durch die Verwendung verkäuflicher, so ist diese utilis, wenn sie gleich an sich nur voluptuaria wäre."

Böcking, Instit. I S. 448 Note 22.

Nam si vult habere rem mulier, reddere ea, quae impensa sunt, debet marito.....

Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch bestimmt:

§ 332. „Von dem Aufwande, welcher nur zum Vergnügen und zur Verschönerung gemacht worden ist, wird nur so viel ersetzt, als die Sache dem gemeinen Werthe nach wirklich dadurch gewonnen hat; doch hat der vorige Besitzer die Wahl, Alles für sich wegzunehmen, was davon ohne Schaden der Substanz weggenommen werden kann."

---

§ 211.

Celsus l. 38 D. de r. v. (6, 1): ..... sufficiet tibi permitti tollere ex his rebus, quae possis, dum ita, ne deterior sit fundus, quam si initio non foret aedificatum....

Modest. l. 32 § 5 D. de adm. tut. (26, 7): Item respondit: sumtibus voluptatis causa ab emtore factis, adolescentem onerandum non esse; quae tamen ab eodem aedificio ita auferri possint ut in facie pristina (id est, quae fuit ante venditionem) aedificium esse possit, emtori auferre permitti oportere.

Ulp. l. 3 § 4 D. de in rem vers. (15, 3): ... Pati debet dominus, creditorem haec auferre sine domus suae videlicet injuria....

Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. B. 13 S. 103, 104.

---

d) der Erhaltungskosten.

§§ 212—214. 1.

Ulp. VI § 15: Necessariae sunt impensae, quibus non factis dos deterior futura esset, velut si quis ruinosas aedes refecerit.

Ulp. l. 1 § 1 D. de imp. in res dot. (25, 1): Necessariae hae dicuntur, quae habent in se necessitatem impendendi; ceterum si nulla fuit necessitas, alio jure habentur.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 331 (s. oben zu § 204).

2. Auch die vom Besitzer während seiner Besitzzeit gezahlten Feuerversicherungsbeiträge haben die Natur der Erhaltungskosten, da sie die Sicherung des Eigenthümers gegen den die Sache möglicherweise betreffenden Schaden bezwecken und dieser Aufwand sich als ein durch die Vorsicht eines jeden guten Hausvaters gebotener darstellt. Da übrigens nach § 216 d. T. die Erhaltungskosten aus den Nutzungen des betreffenden Jahres zu entnehmen sind, so kommt man bei dieser Auffassung zu demselben Ergebnisse, als wenn man die gedachten Beiträge den vom Besitzer nach § 218 d. T. zu tragenden Lasten und Abgaben*) beizählen wollte.

3. Der redliche Besitzer einer fremden Sache hat dieselbe ohne seine

*) Vergl. § 181 I. 11 A. L. R.

Schuld verloren und vom Finder, gegen Zahlung des gesetzlichen Finderlohnes, wiedererhalten.

Ist der vindicirende Eigenthümer zur Erstattung dieser Ausgabe verpflichtet?

Für die Verneinung der Frage ließe sich anführen: zu den Erhaltungskosten gehöre die Ausgabe nicht, da sie nicht die Erhaltung der Sache, sondern nur die Wiedererlangung ihres Besitzes, also nur den eigenen Vortheil des Besitzers bezweckte. Ebensowenig sei der gezahlte Finderlohn als Erwerbspreis der Sache zu betrachten, da diese Belohnung nicht für die Ueberlassung, sondern für die Auffindung der Sache bezahlt wird.[1]) Gleichwohl möchte die entgegengesetzte Ansicht die richtige sein. Der Besitzer hat durch die Zahlung des Fundgeldes eine Ausgabe geleistet, die auch der Eigenthümer hätte machen müssen, um die Sache wiederzuerlangen. Es liegt daher der Fall der nützlichen Verwendung vor.[2]) Der Eigenthümer würde sich offenbar mit dem Schaden des Besitzers bereichern, wollte er demselben die Erstattung eines Aufwandes verweigern, der ihm die Verfolgung seines Rechts gegen den jetzigen Besitzer erst möglich gemacht hat.

---

§ 215. Diese Vorschrift ist nur eine Folge der im § 212 mit den Worten: „so weit dadurch sein Vortheil befördert ist" ausgesprochenen Beschränkung der Erstattungspflicht des Eigenthümers. Denn diese Pflicht beruht allein auf dem Grundsatze, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern soll. Hat nun der Eigenthümer die Sache gar nicht überkommen, so ist auch eine Bereicherung nicht vorhanden. — Der § 215 stimmt übrigens mit dem römischen Recht nicht überein.

---

1) Auf diesen Fall läßt sich auch die Vorschrift des Oesterr. Gesetzb. § 333:

„... Wer aber eine fremde Sache, die der Eigenthümer sonst schwerlich wiedererlangt haben würde, redlicher Weise an sich gelöset, und dadurch dem Eigenthümer einen erweislichen Nutzen verschafft hat, kann eine angemessene Vergütung fordern"

nicht anwenden. Denn dieselbe betrifft offenbar nur den auch in unserm Landrechte (Th. I Tit. 15 § 21) vorgesehenen Fall, der schon im röm. Rechte in gleicher Weise entschieden ist.

l. 6 § 8 D. de neg. gest. (3, 5). l. 11 C. eod. (2, 19). Voet comm. ad P. VI, 1 Nr. 8. Berger oecon. jur. Lib. II tit. II cap. XI not. 2.

2) § 268 Tit. 13 Th. I. A. L. R.: „Das, womit nöthige oder nützliche Ausgaben für einen Andern bestritten werden, ist für verwendet in den Nutzen desselben zu achten."

cf. Paul. l. 38 D. de her. pet. (5, 3): ... Plane potest in eo differentia esse, ut bonae fidei quidem possessor omnimodo impensas deducat, licet res non extet, in quam fecit, sicut tutor vel curator consequuntur; praedo autem non aliter, quam si res melior sit.[1])

---

§ 216. 1. Diese Vorschrift, in Verbindung mit den §§ 209 u. 214 d. T. stimmen mit dem röm. Recht insofern überein, als dasselbe den allgemeinen Grundsatz aufstellt: daß dem Besitzer die Verwendungen nur nach Abzug des Werthes der genossenen Früchte zu ersetzen sind.[2]) — Hierüber spricht sich ein Erkenntniß des (vormaligen) O. A. G. zu Wolfenbüttel vom 26. Januar 1849 dahin aus:

Es beruht auf klaren Gesetzen, daß auch der gutgläubige Besitzer die während seines Besitzes auf die vindicirte Sache gemachten Verwendungen nur insoweit ersetzt verlangen kann, als sie nicht schon durch die von ihm genossenen Früchte vergütet sind.[3]) Da nun der Beklagte mittelst der exceptio doli generalis, welche er der von der Klägerin auf Herausgabe des Hofes gerichteten Klage entgegengesetzt hat, zuvörderst die Erstattung der von ihm auf die vindicirte Sache gemachten Verwendungen fordert, und ihm eine solche Forderung nur mit der Verpflichtung, von seiner Forderung vorher den Betrag der von ihm genossenen Früchte abzusetzen

---

1) Plathner (Preuß. Gerichts-Zeitung 1861 S. 110) bemerkt hiergegen: Diese Unterscheidung (des Paulus) ist nicht zutreffend. Tutoren und Curatoren erhalten die Auslagen erstattet ohne Rücksicht darauf, ob der Mündel bereichert ist oder nicht. Der b. f. possessor hat aber nur das Recht der deductio und zwar in der Weise, daß er die impensae necessariae in Abzug bringt von dem, was er restituirt oder an Werth zu vergüten hat. Nur in diesem Sinne sind die Worte: licet res extet richtig. Dasselbe Recht hat aber auch der m. f. possessor. Die impensae utiles werden aber dem b. f. possessor nur insoweit erstattet, als die Verbesserung bei der Rückgabe noch vorhanden ist (eousque duntaxat, quo pretiosior factum est; si res melior sit).

2) Nach französ. Recht wird die Frage, ob der Besitzer guten Glaubens die von ihm bezogenen Früchte auf dasjenige einrechnen müsse, was er für Verbesserungen zu fordern hat, verneint. Wenn das Gesetz dies gewollt hätte, so würde es sich ausdrücklich ausgesprochen haben; der Besitzer guten Glaubens erwerbe die Früchte als Belohnung seines guten Glaubens (art. 549 Code civ.) Duranton cours. de droit civ. Nr. 377.

Thilo, die Controversen des franz. Civilrechts S. 134.

3) Papin. l. 48 D. de r. v. (6, 1): Sumtus in praedium, quod alienum esse apparuit, a bonae fidei possessore facti, neque ab eo, qui praedium donavit, neque a domino peti possunt, verum exceptione doli opposita, per officium judicis, aequitatis ratione servantur, scilicet si fructuum ante litem contestatam perceptorum summam excedant; etenim admissa compensatione superfluum sumtum, meliore praedio facto, dominus restituere cogitur.

l. 16 C. de evict. (8, 45): Super emti agri quaestione disceptabit Praeses provinciae, et si portionem diversae partis esse cognoverit, impensas, quas ad meliorandam rem vos erogasse constiterit, habita fructuum ratione, restitui vobis jubebit ....

cf. l. 37 D. de her. pet. (5, 3).

auf den überschießenden Betrag der Verwendungen zustand, so gehörte die Nachweisung dieses Mehrbetrages seiner Verwendungen zur Substanziirung seiner Einrede, und er war deshalb zur Führung dieses Beweises dahin zu verurtheilen: daß und wie viel die von ihm gemachten Verwendungen, für welche er Ersatz verlangt, mehr als die von ihm bezogenen Früchte im Werth betragen.

Seuffert, Archiv B. 11 Nr. 211.

2. Der § 216 ist, wenn auch vorzugsweise für Grundstücke berechnet, auch bei beweglichen Sachen anwendbar, namentlich auch in Betreff der auf ein Hausthier verwendeten Fütterungskosten. Denn die Aufwendung dieser Kosten war das alleinige Mittel, um dem Besitzer die Nutzungen zu verschaffen. Es handelt sich daher um eine von dem Besitzer lediglich im eigenen Interesse gemachte Ausgabe, deren Vortheile er selbst bezogen hat. Es kann deshalb von seiner Schadloshaltung nicht die Rede sein.[1])

e) der Lasten.

§ 218. Vergl. Paul. l. 10 D. de R. J.: Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda.

f) der Deteriorationen.

§ 219. 1. Diese Vorschrift widerstreitet der rechtlichen Stellung des *gut*gläubigen Besitzers als vermeintlichen Eigenthümers.

Ulp. l. 25 § 11 D. de her. pet. (5, 3): .... Quemcunque igitur sumtum fecerint (bonae fidei possessores) ex hereditate, si quid dilapidaverint vel perdiderint, dum re sua abuti putant, non praestabunt. ...

Ulp. l. 31 § 3 eod.: ... bonae fidei possessor ...., quia quasi suam rem neglexit, nulli querelae subjectus est ante petitam hereditatem.....

Vergl. Plathner, Geist des Preuß. Privatr. B. 2 S. 64—66. Den richtigen Grundsatz stellt das Oesterr. Gesetzbuch auf:

§ 329. „Ein redlicher Besitzer kann schon allein aus dem Grunde des redlichen Besitzes die Sache, die er besitzt, ohne Verantwortung nach Belieben brauchen, verbrauchen, auch wohl vertilgen.“ [2])

---

1) Vergl. l. 30 § 1 D. de aed. ed. (21, 1): Quas impensas necessario in curandum servum post litem contestatam emtor fecerit, imputabit. Praecedentes impensas nominatim comprehendendas, Pedius, sed cibaria servo data non esse imputanda, Aristo ait; nam nec ab ipso exigi, quod in ministerio ejus fuerit.

2) Die Marginalrubrik zu diesem Paragraphen stellt unpassender Weise in der früher beliebten Manier, recht viele commoda possessionis aufzuzählen, dasjenige als ein „Recht des redlichen Besitzes“ hin, was, wie sich schon aus den Worten des § 329 selbst ergibt, nur die Befreiung von einer Verantwortlichkeit ist, vergl. Ihering, Abhandl. Unger, Syst. des österr. allgem. Privatrechts II S. 540 Note 23.

2. Die Bestimmung des § 219 bezieht sich auf den Fall des gänzlichen Unterganges der Sache. — Der § 177 des ersten Entwurfes*) war in dieser Hinsicht vollständiger gefaßt.

Vergl. Hugo Grotius de jure belli ac pacis. Lib. II. cap. X § 3: Primum apparet, bonae fidei possessorem non teneri ad ullam restitutionem, si res perierit: quia nec res ipsa apud eum est, nec lucrum ex re.

---

g) der Auslieferungskosten.

§ 220. An welchem Orte muß die vindicirte bewegliche Sache zurückgegeben werden?

Seitens des redlichen Besitzers an seinem Wohnorte, Seitens des unredlichen am Wohnorte des Eigenthümers.

Vergl. l. 10. 11. 12 D. de r. v. (6, 1). l. 11 § 1 D. ad exhib. (10, 4). Puchta, Vorles. B. 1 S. 330.

---

2. Von einem vollständigen aber unredlichen Besitzer.

§ 222. 1.

Ulp. l. 25 § 7 D. de her. pet. (5, 3): ... post litem contestatam omnes incipiunt malae fidei possessores esse; quinimmo post controversiam motam ... omnes possessores pares fiunt, et quasi praedones tenentur. Et hoc jure hodie utimur; coepit enim scire rem ad se non pertinentem possidere se is, qui interpellatur. ...

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 338: „Auch der redliche Besitzer, wenn er durch richterlichen Ausspruch zur Zurückstellung der Sache verurtheilt wird, ist in Rücksicht des Ersatzes der Nutzungen und des Schadens, wie auch in Rücksicht des Aufwandes, von dem Zeitpunkte der ihm zugestellten Klage, gleich einem unredlichen Besitzer zu behandeln. ...“

Vergl. Gönner, Handbuch des gemeinen Proz. B. 2 Nr. 35 S. 212 f. („Ob und in wieweit der Beklagte durch die Litiscontestation unredlicher Besitzer werde.“)

Wächter, Erört. aus dem Röm. Deutsch. u. Württemb, Privatrechte. Heft 3 (Stuttgart 1846) S. 105—110.

Unger, System des österreich. allgem. Privatrechts B II. 2. Abth. (Leipzig 1859) S. 539—542.

„Der § 522 entspricht der damaligen Auffassung des gemeinen Rechts und stützt sich auf l. 25 § 7 und l. 20 § 11 D. V. 3. Er findet also auch dann Anwendung, wenn der Besitzer bis zum Zeitpunkt der Ladung offenbar und unbestritten ein redlicher gewesen, das

---

*) „Hat sich der Werth der Sache in der Zwischenzeit verringert oder ist sie gänzlich untergegangen oder vernichtet, so haftet der redliche Besitzer nur für die durch sein grobes Versehen bewirkte Verschlimmerung derselben.“
Simon und v. Strampff, Materialien S. 169.

heißt, die Thatsache der Insinuation verwandelt auch den redlichen Besitzer in einen unredlichen."

Förster, Klage u. Einrede nach preuß. Recht (Breslau 1857) S. 120.

Im Uebrigen ist in Betreff des Preuß. Rechts zu verweisen auf v. Rönne, Ergänz. des Allg. Landrecht I S. 192—194.

2. Der im § 222 ausgesprochene Grundsatz kann natürlich erst dann in Wirksamkeit treten, wenn der Besitzer in dem gegen ihn angestellten Vindicationsprozesse unterliegt. — Einen Fall, wo diese Voraussetzung nicht zutraf, behandelt ein Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 9. April 1861 (in Sachen Pothmann wider Freiherrn v. Lilien L. 473):

Der Angriff des Imploranten ist gegen den vom Appellationsrichter auf den 23. Januar 1854 beschränkten Zeitpunkt gerichtet, von welchem ab erst der Verklagte für schuldig erklärt ist, die gezogenen Nutzungen herauszugeben. Der Implorant beschuldigt deshalb nämlich den Appellationsrichter einer Verletzung der §§ 10. 14. 15. 222. I. 7 A. L. R. So viel den zuletzt genannten § 222 anlangt, so hat derselbe den Grundsatz aufgestellt, daß der Tag der dem Besitzer geschehenen Behändigung der Klage im Zweifel als Zeitpunkt für den Eintritt der Unredlichkeit angenommen werden solle. Der Appellationsrichter hat nun allerdings den Zeitpunkt des Anfanges der Unredlichkeit des Besitzes des Verklagten erst auf den Tag festgesetzt, an welchem dem Verklagten das im Vorprozesse ergangene Revisions-Erkenntniß insinuirt worden ist. Allein durch diese Festsetzung ist der Grundsatz des § 222 nicht verletzt. In jenem Prozesse war nämlich der jetzige Verklagte Kläger, welcher gegen den damaligen Verklagten — den jetzigen Kläger — die Räumung der P. Kolonie beantragte. Letzterer erlangte auf Grund des behaupteten und durch Führung des Kriterienbeweises festgestellten erblichen Besitzrechts die Zurückweisung der Exmissionsklage und der Appellationsrichter hat angenommen, daß, weil der damalige Kläger, der jetzige Verklagte, durch die Endentscheidung des Vorprozesses Kenntniß von dem Eigenthum des damaligen Verklagten erlangt habe, von dem Tage der Insinuation des Revisions-Erkenntnisses die Unredlichkeit des Besitzes beginne. Insoweit als der jetzige Verklagte in jenem Prozesse selbst als Kläger aufgetreten, kann auf ihn der § 222 keine Anwendung finden. Nun hat aber der jetzige Kläger, als Verklagter im Vorprozesse, in seiner Klagebeantwortung eine Wiederklage und zwar auf Herausgabe der, auch den Gegenstand des vorliegenden Prozesses bildenden Grundstücke angestellt, und die Imploration macht eventuell geltend, daß schon mit Insinuation der Wiederklage die Unredlichkeit des Besitzes des damaligen Wiederverklagten begonnen habe. Dieses würde richtig sein, wenn der Implorant damals mit seiner Wiederklage ein dem Reconventionsantrage entsprechendes Erkenntniß erzielt hätte. Er wurde aber mit der Reconvention in angebrachter Art rechtskräftig abgewiesen und hat erst in dem vorliegenden Prozesse seine Legitimation zur Sache und zum Prozesse in Ansehung der noch streitigen Grundstücke nachgewiesen. Der § 222 setzt selbstverständlich voraus, daß

das auf die, dem Besitzer insinuirte Klage erfolgte Erkenntniß demselben die Berechtigung zum Besitz ab- und dem Kläger zuerkannt habe. Ein die Klage, wenn auch nur in angebrachter Art, abweisendes Erkenntniß kann den Besitzer, dem abgewiesenen Kläger gegenüber, nicht in bösen Glauben versetzen, also auch die rechtlichen Folgen der mala fides nicht auf den Anfang des Prozesses zurückdatiren.

---

§ 223. 1. § 35 J. de rer. div. (2, 1): .... Ei vero, qui alienum fundum sciens possederit, non idem concessum est, itaque cum fundo etiam fructus, licet consumti sint, cogitur restituere.

l. 22 C. de r. v. (3, 32): Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes, post autem litis contestationem universos.

l. 3 C. de cond. ex lege (4, 9): Mala fide possidens de proprietate victus, de exstantibus fructibus reivindicatione, de consumtis vero condictione conventus, eorum restitutioni parere compellitur.

Oesterr. Gesetzbuch § 335: „Der unredliche Besitzer ist verbunden, .. alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangte Vortheile zurückzustellen....

Vergl. Heimbach, die Lehre von der Frucht. 5. 6. u. 7. Abhandlung Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon B. 13 S. 67—70.

2. Der unredliche Besitzer einer nicht fruchttragenden Sache ist für den Gebrauch derselben den Eigenthümer zu entschädigen verpflichtet, auch wenn er selbst keine wirklichen Vortheile daraus gezogen hat. Denn die Entschädigungsverbindlichkeit des unredlichen Besitzers beruht nicht darauf, daß er sich durch seine Unredlichkeit zum Schaden des Eigenthümers keine Vortheile verschaffen, sondern darauf, daß er dem Eigenthümer die an den Besitz der Sache geknüpften Vortheile nicht entziehen durfte, vergl. §§ 229, 244 d. T.

Papin. l. 62 pr. D. de r. v. (6, 1): Si navis a malae fidei possessore petatur, et fructus aestimandi sunt, ut in taberna et area, quae locari solent ....

Id l. 64 eod.: Cum in rem agitur, eorum quoque nomine, quae usui, non fructui sunt, restitui fructus certum est.

cf. Paul. l. 75 D. de V. S.: Restituere is videtur, qui id restituit, quod habiturus esset actor, si controversia ei facta non esset.

---

§ 224. „oder an Andere überlassen hat."

Es ist hierbei wohl zu unterscheiden zwischen der Ueberlassung des Fruchtgenusses und der Ueberlassung bereits gezogener Früchte. Im ersteren Falle erwirbt der redliche Dritte die von ihm selbst als unvollständigem Besitzer gewonnenen Früchte.*) Der Eigenthümer hat sich daher wegen deren Erstattung an den vollständigen (unredlichen)

*) Vergl. § 246 d. T.

Besitzer der Sache zu halten. Im letzteren Falle dagegen sind die im Besitze des redlichen Dritten noch vorhandenen Früchte der Vindication des Eigenthümers unterworfen, freilich unter denjenigen Beschränkungen, welche eine Folge des redlichen Besitzes dieses Dritten sind. Der unredliche Veräußerer haftet daher in diesem Falle nach den Grundsätzen unseres Landrechts als dolo possidere desinens immer nur subsidiarisch. § 15 Tit. 15 Th. I.

---

§ 225. In Betreff dieser Bestimmung, die sich im Wesentlichen schon im ersten Entwurfe fand, bemerkte Suarez:

„Wird nicht der malae fidei possessor die Vergütung nach den höchsten Preisen leisten müssen?[1]) Ich sehe keinen Grund, warum sich der Eigenthümer an den mittleren Preisen begnügen soll."

Simon und v. Strampff, Materialien S. 172.

Diese Erinnerung ist jedoch unbeachtet geblieben, scheint auch von Suarez selbst aufgegeben zu sein, indem er später in der revisio monitorum zu § 227 d. T. bemerkt:

„Wenn der Besitzer die Früchte zur Ungebühr verschleudert und unter dem Preise verkauft hat, so ist es wohl offenbar billig, daß der Eigenthümer den mittleren Marktpreis fordern könne."

Ebendas. S. 330.

---

§ 227 Wenn der unredliche Besitzer einer fruchttragenden Sache dieselbe verpachtet hat, so ist der vindicirende Eigenthümer befugt, statt der von Jenem gezogenen Pachtzinsen den mittleren Preis der Früchte selbst zu fordern. Denn auch die pachtweise einem Andern überlassenen Früchte sind als veräußerte zu betrachten.

---

§ 229. § 2 J. de off. jud. (4, 17): ... Illorum autem fructuum, quos culpa sua possessor non perceperit, in utraque actione (rei vindicatione et hereditatis petitione) eadem ratio paene habetur, si praedo fuerit. Si vero bona fide possessor fuerit, non habetur ratio consumtorum, neque non perceptorum. Post inchoatam autem petitionem etiam illorum fructuum ratio habetur, qui culpa possessoris percepti non sunt, vel percepti consumti sunt.

Papin. l. 62 § 1 D. de r. v. (6, 1): Generaliter autem, cum de fructibus aestimandis quaeritur, constat, animadverti debere, non, an malae fidei possessor fruiturus[2]) sit, sed an petitor frui potuerit, si ei possidere licuisset. Quam sententiam Julianus quoque probat.

l. 2 C. de fruct. (7, 51): Litigator victus, qui post conventionem rei incumbit alienae, non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum

---

1) Diese Frage wirft auch Merckel in seinem Commentar zu § 225 auf.

2) Böcking, Pandekten § 151 Note 28 will (gegen die Flor. und Holoan.) mit der Vulgata „fructus sit" gelesen wissen.

fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat, sed etiam eos, quos percipere potuisset, non quos eum redigisse constabit, exsolvat, ex eo tempore, ex quo re in judicium deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit....

l. 4 C. unde vi (8, 4).... in qua (omni causa) fructus etiam, quos vetus possessor percipere potuit, non tantum quos praedo percepit, venire non ambigitur.

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 335: „Der unredliche Besitzer ist verbunden... auch diejenigen Vortheile, welche der Verkürzte erlangt haben würde und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen...“[1])

Vergl. Heimbach, die Lehre von der Frucht S. 156 ff.

Wächter, Erörterungen aus dem Röm. Deutsch. und Württemb. Privatrechte Heft 1 S. 64—71, Heft 3 S. 133 und Note 95.

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts B. 1 S. 466, B. 2 S. 543.

---

§ 230.

Mevii Decis. III. 373: Sic quidem jure et usu receptum est, ut petitor fructuum eos designet et probet, antequam quantitas certa definitur et adjudicatur; attamen cum id difficile aut non tanti isti sunt, ut eas litis ambages et difficultates mereantur, judex pro arbitrio poterit statim definire, ex eo, quod ex re percipi seu pro quo locari solet. Si quidem illud consuetudine provinciae certum, judex recte sequitur....

Eodem VI. 182: ... Sicut in aliis in dubio sequimur, quod frequentissime fit, ideo in consuetudinem transit: ita circa fructus in dubio idem faciendum, ut habeantur pro perceptis, qui ordinarie percipi solent. De quo conqueri eo minus potest, qui percepta describere neglexit, adeoque causam dedit, ut ad hunc subsidiarium modum fructus consignandi deveniatur, praesertim ubi inopia alterius probationis ita necessarium.

---

§ 231. Dieser vom römischen Recht abweichende[2]) Satz wurde schon nach gemeinem Recht von einigen älteren Rechtslehrern[3]) angenommen. Glück, Comment. B. 8 S. 268.

---

§ 233.

Ulp. l. 46 D. de usur. (22, 1): Quod in fructus redigendos impensum est, non ambigitur, ipsos fructus deminuere debere.

---

1) Vergl. Unger, Syst. des österr. allg. Privatrechts B. 1 S. 89 Note 50.

2) Paul. l. 15 D. de usur. (22, 1): Neque eorum fructuum, qui post litem contestatam officio judicis restituendi sunt, usuras praestari oportere, neque eorum, qui prius percepti quasi malae fidei possessori condicuntur.

3) Berger, oecon. jur. Lib. II tit. II th. 34 n. 8. Hauschild disputat. § 10—14.

Paul. l. 36 § 5 D. de her. pet. (5, 3): Fructus intelliguntur deductis impensis, quae quaerendorum, cogendorum, conservandorumque eorum gratia fiunt. Quod non solum in bonae fidei possessoribus naturalis ratio expostulat, verum etiam in praedonibus, sicut Sabino quoque placuit.

---

§§ 236—239.

Paul. l. 38 D. de her. pet. (5, 3): Plane in ceteris necessariis, et utilibus impensis posse separari, ut bonae fidei quidem possessores has quoque imputent, praedo autem de se queri debet, qui sciens in rem alienam impendit. Sed benignius est, in hujus quoque persona haberi rationem impensarum. Non enim debet petitor ex aliena jactura lucrum facere, et id ipsum officio judicis continebitur; nam nec exceptio doli mali desideratur ....*)

l. 5 C. de r. v. (3, 32): ...... malae fidei possessores ejus, quod in rem alienam impendunt, non eorum negotium gerentes, quorum res est, nullam habeant repetitionem, nisi necessarios sumtus fecerint. Sin autem utiles, licentia eis permittitur sine laesione prioris status rei eos auferre.

Ulp. l. 37 D. de r. v. (6, 1): .... Sed hoc ei concedendum est, ut sine dispendio domini areae tollat aedificium, quod posuit.

Gaj. l. 39 § 1 D. de her. pet. (5, 3): .... praedoni probe dicetur, non debuisse in alienam rem supervacuas impensas facere, ut *tamen* potestas ei fiat tollendorum eorum, quae sine detrimento *ipsius* rei tolli possint.

Oesterr. bürgerl. Gesetzb § 336: „Hat der unredliche Besitzer *einen* Aufwand auf die Sache gemacht, so ist dasjenige anzuwenden, was in Rücksicht des von einem Geschäftsführer ohne Auftrag gemachten Aufwandes verordnet ist."

Vergl. Jagemann in Weiske's Rechtslexicon B. 6 S. 197. Heimbach sen. ebendas. B. 13 S. 101, 102.

---

§ 240. 1.

Ulp. l. 13 D. de r. v. (6, 1): Non solum autem rem restitui, verum et si deterior res sit facta, ejus rationem judex habere debebit. Finge enim, debilitatum hominem, vel verberatum, vel vulneratum restitui; utique ratio per judicem habebitur, quanto deterior sit factus, quamquam et legis Aquiliae actione conveniri possessor possit...

Paul. l. 91 pr. D. de V. O. (45, 1): ... in vindicatione hominis, si neglectus a possessore fuerit, culpae hujus nomine tenetur possessor.

2. Ueber den Grund der nach der Litiscontestation eintretenden Verhaftung des bonae fidei possessor für culpa spricht sich Bethmann-Hollweg im Anhange IV zu Hasse's Culpa (S. 563, 564) dahin aus:

*) Vergl. W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. I S. 58 f.

Es erscheint gezwungen, die Verbindlichkeit des bonae fidei possessor im Vindicationsprozeß daher abzuleiten, daß ihm durch Ueberlassung des Besitzes und der Beklagtenrolle ein Vortheil zugewandt sei. Eine durchaus einfache und natürliche Erklärung ist: Vor angestellter Klage kann er dem Eigenthümer für culpa nicht einstehen, weil er ihm nicht obligirt ist. Ein Delict freilich, damnum injuria datum oder dolus verpflichtet ihn, wie jeden Andern zum Schadensersatz. Mit dem Anfang des Prozesses aber tritt er zum Kläger in ein obligatorisches Verhältniß, welches ihn um so mehr für culpa levis verantwortlich macht, als es jedenfalls, wir mögen es aus der Satisdation oder aus der Litiscontestation herleiten, streng rechtlicher Natur ist. Die l. 91 pr. D. de V. O. stellt daher die Verpflichtung des Beklagten im Vindicationsprozeß, was den Grad der Culpa betrifft, der Stipulation gleich.

3. In Betreff der Frage, ob der Besitzer für vorsätzliche Beschädigung haftet, wenn die Sache später ohne seine Schuld zu Grunde geht, ist zu verweisen auf die Glossen zu § 82 Tit. 6 Nr. 3 (B. IV S. 159 dieser „Beiträge“).

---

## § 241.

Paul. l. 40 pr. D. de her. pet. (5, 3): Illud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petiit, restituta esset hereditas,“ interdum durum est. Quid enim, si post litem contestatam mancipia, aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor, restituta hereditate, distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus, Proculo placet; Cassius contra sensit. In praedonis persona Proculus recte existimat, in bonae fidei possessoribus Cassius. Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.

Ulp. l. 15 § 3 D. de r. v. (6, 1): Si servus petitus, vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum, plerique ajunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari; nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.[1])

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 338. „Der redliche Besitzer .... haftet für den Zufall, der die Sache bei dem Eigenthümer nicht getroffen hätte, nur in dem Falle, daß er die Zurückgabe durch einen muthwilligen Rechtsstreit verzögert hat.“[2])

Vergl. v. Madai, die Lehre von der Mora § 29 S. 179—183. Wächter, Erörterungen Heft 3 S. 129—134.

---

1) Voet com. ad P. VI. 1. Nr. 34: ... Qui vero mala fide possidet quidem, sed praedo non est, ita demum praestare debet interitum rei, si illa penes actorem non eodem modo fuisset peritura, dum forte is se distracturum fuisse docet.

2) Vergl. Unger, System des österr. allg. Privatrechts B. 2 S. 539 Note 22.

§ 242. Ulp. l. 47 pr. D. de furt. (47, 2): Inter omnes constat, etiamsi extincta sit res furtiva, attamen furti remanere actionem adversus furem.... Hoc idem in condictione quoque placet, nam condici furi potest, etiamsi res sit aliqua ratione extincta....

Ulp. l. 51 pr. D. eod.: In furti actione ... etsi res in rebus humanis esse desierit, quum judicatur, nihilominus condemnatio facienda est....

l. 1 C. de his quae vi metusve causa (2, 20): Persecutionem eorum, quae vi vel furto ablata sunt, etiamsi postea interciderint, integram esse, jure responsum est.

l. 2 C. de condict. furt. (4, 8): Ante oblationem interemtae rei furtivae damnum ad furem pertinere, certissimi juris est.

Vermöge der allgemeinen Fassung dieser Gesetzesstellen nimmt die herrschende Ansicht die unbedingte Haftung des Diebes und Räubers für den Zufall an.[1]) — Dieser Ansicht, welche jedoch in neuerer Zeit wohl mit Recht angefochten wird,[2]) haben sich auch die Redactoren unseres Landrechts angeschlossen. Suarez sagt in der revisio monitorum zu § 242 d. T.:

„Ich würde die hier angenommene Theorie des gemeinen Rechts, der monitorum ungeachtet beibehalten, weil immer noch eine Möglichkeit bleibt, daß der Eigenthümer die Sache nicht verloren haben würde, wenn sie in seiner Gewahrsam gewesen und ihm nicht entwendet worden wäre. Man kann ihm nicht zumuthen, daß er sich mit dem Diebe in einen Prozeß über die Beschaffenheit des casus, welchen dieser vorschützt, einlassen solle."[3])

Simon und v. Strampff, Materialien S. 332.

---

§ 243. Hat auch der im Prozesse unterliegende redliche Besitzer die Auslieferungskosten zu tragen?

Man wird dies verneinen müssen, weil der Eigenthümer diese Kosten auch dann, wenn die Herausgabe ohne Prozeß erfolgt wäre, hätte tragen müssen (§ 220) und derselbe dadurch, daß der Besitzer es auf den Prozeß ankommen läßt, nicht in eine günstigere Lage versetzt werden kann. Es soll nur der durch die mora des Besitzers entstehende Schade von dem Eigenthümer abgewendet werden, nach der

---

1) Vergl. v. Madai, die Lehre von der Mora S. 307—312. Sintenis, gem. Civilrecht B. 2 S. 194.

2) v. Vangerow, Pandekten B. 3 S. 209, 210. Mommsen, Beiträge zum Obligat. Recht B. 3 S. 197 f. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexikon B. 13 S. 89 Note 334.

3) Diese Meinung wird auch nach französischem Recht von Toullier und Pothier vertheidigt, während Duranton der entgegengesetzten Ansicht ist. Thilo, die Controversen des franz. Civilr. S. 394.

Grundsatze: „ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset res.“

§ 244. 1.

Gaj. l. 20 D. de r. v. (6, 1): ... Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus ille homo fuisset....

§ 3 J. de off. jud. (4, 17): Si ad exhibendum actum fuerit, non sufficit, si exhibeat rem is, cum quo actum est, sed opus est, ut etiam rei causam debeat exhibere, id est, ut eam causam habeat actor, quam habiturus esset, si, quum primum ad exhibendum egisset, exhibita res fuisset....

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 335: „Der unredliche Besitzer ist verbunden, nicht nur alle durch den Besitz einer fremden Sache erlangten Vortheile zurückzustellen, sondern auch diejenigen, welche der Verkürzte erlangt haben würde, und allen durch seinen Besitz entstandenen Schaden zu ersetzen....“

2. Der unredliche Besitzer muß auch jeden durch die Sache gezogenen Gewinn herausgeben, selbst einen solchen, den der Eigenthümer nicht gezogen hätte.

Hermog. l. 52 D. de her. pet. (5, 3): Si possessor ex hereditate inhonestos habuerit quaestus, hos etiam restituere cogetur, ne honesta interpretatio non honesti quaestus lucrum possessori faciat.

3. Ist der unredliche Besitzer, welcher die Sache einem redlichen Dritten veräußert, den Eigenthümer in Betreff der von dem Letzteren gewonnenen Früchte zu entschädigen verpflichtet? Eine solche Entschädigungspflicht wird sich nicht bezweifeln lassen, mag die Veräußerung entgeltlich oder unentgeltlich geschehen sein. Im letzteren Falle könnte man freilich sagen:

Der unredliche Besitz habe gänzlich aufgehört, da es ihm an jedem Gegenstande — sowohl an dem ursprünglichen als an einem Surrogate desselben — fehle; es ließen sich deshalb auch seine rechtlichen Folgen nicht über den Zeitpunkt der Veräußerung hinaus erstrecken.

Allein mit dieser Erwägung wäre die fragliche Entschädigungspflicht nicht beseitigt. Denn diese beruht ja nicht darauf, daß der unredliche Besitzer zum Schaden des Eigenthümers Vortheile zieht, zu denen er kein Recht hat, sondern allein darauf, daß er unredlicher Weise dem Eigenthümer die mit dem Besitz der Sache verknüpften Vortheile entzogen hat.*) Und diese Ersatzpflicht dauert fort, auch wenn der

*) S. oben zu § 223 Nr. 2.

unredliche Besitzer sich der Sache gänzlich entschlägt. Hat aber derselbe eine entgeltliche Veräußerung vorgenommen, so wird dem Eigenthümer nach der Analogie des § 227 d. T. die Wahl zu lassen sein, entweder Erstattung der Früchte oder Verzinsung des vom Besitzer empfangenen Kaufpreises der Sache zu fordern.

---

§§ 245—250.

Von einem unvollständigen Besitzer.

In Betreff des Falles, wenn der unvollständige Besitzer im guten, der vollständige aber im bösen Glauben ist, ist auf die Glossen zu § 224 d. T. zu verweisen.



Druck der Grote'schen Buchdruckerei (Griebsch & Müller) in Hamm.

